

CONDICTIO INDEBITI

Kandidatnummer: 632

Leveringsfrist: 25. april 2008

Til sammen 15 176 ord

12.09.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDENDE BEMERKNINGER</u>	<u>1</u>
1.1	Om fremstillingen	1
1.2	Om begrepet <i>condictio indebiti</i>	1
1.3	Ad begrepsbruken	2
1.4	Utgangspunktet	2
1.5	Problemstillingen aktualiseres.....	3
<u>2</u>	<u>LÆRENS BAKGRUNN.....</u>	<u>4</u>
2.1	Det historiske grunnlag – romerretten	4
2.2	Romerrettens senere innflytelse	5
<u>3</u>	<u>SOLUTIO INDEBITI SOM GRUNNLAG FOR TILBAKESØKING</u>	<u>7</u>
<u>4</u>	<u>ANDRE TYPETILFELLER SOM KAN GI GRUNNLAG FOR TILBAKESØKING ...</u>	<u>10</u>
4.1	Betaling av foreldet fordring	10
4.2	Ugyldighet	11
4.3	Heving.....	11
4.4	Lovreguleringer	12

<u>5</u>	<u>CONDUCTIO INDEBITI-PRINSIPPETS GENERELLE INNHOLD I MODERNE</u>	
	<u>NORSK RETT</u>	<u>13</u>
5.1	Tradisjonelt – kan en tendens utledes?.....	13
5.2	Utgangspunktet og de generelle momenter	15
5.2.1	Oppgjørshensynet	15
5.2.2	Korreksjonshensynet.....	17
5.3	De konkrete skjønnsmomenter.....	19
5.3.1	Forbehold.....	20
5.3.2	Fordringens art.....	22
5.3.3	Partenes subjektive forhold.....	24
5.3.3.1	God tro	24
5.3.3.2	Hvem har forårsaket feilen?	28
5.3.3.3	Partenes forutsetninger	30
5.3.3.4	Lovbrudd m.v.	31
5.3.4	Partenes profesjonalitet.....	33
5.3.5	Graden av betalingspress	35
5.3.6	Tidsmomentet	36
5.3.6.1	Generelt	36
5.3.6.2	Tiden frem til kravet oppdages.....	37
5.3.6.3	Tiden fra kravet oppdages til det reageres.....	39
<u>6</u>	<u>BERIKELSESBEGRENSNINGEN. TILBAKESØKINGSKRAVETS GJENSTAND OG</u>	
	<u>OMFANG.</u>	<u>40</u>
6.1	Innledende bemerkninger	40
6.2	Uberettiget gevinst som begrunnelse	40
6.3	Foreligger en berikelse for mottaker?	42
6.4	Er berikelsen eventuelt i behold? Berikelsens omfang.....	42
<u>7</u>	<u>FRIGIVELSE AV SIKKERHET</u>	<u>47</u>

<u>8</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER. EN VURDERING AV DAGENS</u>	
	<u>RETTSTILSTAND.....</u>	<u>48</u>
	<u>FORKORTELSER.....</u>	<u>50</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>50</u>

1 Innledende bemerkninger

1.1 Om fremstillingen

I den følgende avhandling vil jeg gi en fremstilling av *condictio indebiti*-læren. Jeg vil foreta en gjennomgang av prinsippets innhold fra dets opprinnelse og frem til dets posisjon i norsk rett i dag. Fremstillingen vil være basert på min forståelse av det kildemateriale som er brukt. Dansk og svensk rett vil bli trukket inn der dette vil berike fremstillingen av den norske rett på området. At det eventuelt er rettsenhet i disse nordiske land vil også i seg selv være et argument til støtte for den norske løsning av rettsspørsmålet slik jeg oppfatter den.

Av enkelthetshensyn har jeg dessuten utelatt enkelte temaer som for så vidt kunne hatt en naturlig plass i fremstillingen. Beslektet med tilbakesøkningskrav på grunnlag av *condictio indebiti* er situasjoner angående tilleggsbetaling. Denne problemstillingen vil dog ikke bli behandlet her. Det samme gjelder spørsmålet om tilkjennelse av morarente på tilbakesøkningskravet og foreldelse av *condictio indebiti*-fordringer.

1.2 Om begrepet *condictio indebiti*

Direkte fra latin oversettes begrepet *condictio indebiti* med *utsagn om ikke-gjeld*. Begrepet betegner læren om situasjonen der en betaler søker tilbake fra betalingsmottaker en ytelse – i praksis oftest et pengebeløp – hvis omfang eller eksistens viser seg å være feilaktig. Det kan følgelig være at betaler overhodet ikke skylder det betalte; eller forpliktelsen kan foreligge, men i mindre omfang enn det som faktisk er betalt. En annen rettslig terminologi som benyttes om situasjonen er *tilbakesøking*, og da uttrykt slik at betaleren fremmer et

tilbakesøkingsskrav mot betalingsmottaker. En tilbakesøkingssituasjon vil være en form for etteroppgjør i forhold til den første transaksjon. Dersom tilbakesøking eventuelt blir anerkjent, må det opprinnelig foretatte oppgjør reverseres og ytelsen tilbakeføres.

1.3 Ad begrepsbruken¹

Problemstillingen rundt et tilbakesøkingsskrav springer ut fra et *annet* pretendert skyldkrav, der debitor betaler det han formodentlig opprinnelig skylder kreditor. Men under den påfølgende *condictio indebiti*-situasjonen bytter debitor og kreditor roller, idet den opprinnelige debitor blir kreditor etter tilbakesøkingsskravet. Slik sett kan det være forvirrende å bruke begrepene *debitor* og *kreditor*, i og med at innholdet av disse begrepene ikke er konsistent gjennom situasjonens forløp. Hvor kravet aldri har eksistert er det dessuten ikke korrekt å betegne de involverte som debitor og kreditor – det fantes jo ikke noe opprinnelig krav å være debitor eller kreditor etter. I det følgende finner jeg det derfor mest hensiktsmessig å benytte meg av begrepene *betaler* og (*betalings-*)*mottaker* når det er tilbakesøkingsskravet som behandles. Dette er for så vidt heller ingen entydig uttrykksmåte, men er likevel muligens en mer oversiktlig terminologi. Bruken gjennomføres riktignok ikke konsekvent. Jeg vil også benytte meg av begrepene *opprinnelig debitor/kreditor* når det gjelder kravet som foranlediget tilbakesøkingssituasjonen, og dessuten begrepene *debitor/kreditor etter tilbakesøkingsskravet*.

1.4 Utgangspunktet

I norsk rett finnes det ingen eksplisitt, generell regel om hvorvidt betaler i sin alminnelighet har rett til å kreve beløpet tilbakebetalt. Det kan ikke oppstilles noen hovedregel i den ene eller annen retning. Man må derfor falle tilbake på den ulovfestede lære om *condictio indebiti* slik denne er utviklet ved høyesterettspraksis, og i den juridiske teori. Uttrykt i én setning av Høyesterett kan dagens rettsstilstand på området oppsummeres slik: ”Det er et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og

¹ Om dette se for eksempel Bergsåker (2001) s. 213-214

under hensyn til rimelighet”.² Den primære kilde som ligger til grunn for læren om *condictio indebiti* må sies å være Høyesteretts praksis om ulike tilfeller av tilbakesøking på dette grunnlag. Høyesterettspraksis og den juridiske teori fungerer riktignok i et samspill med gjensidig påvirkning. I og med at *condictio indebiti*-prinsippet er ulovfestet er det blant annet opp til teoretikerne på rettsområdet å definere innholdet i læren, selv om utviklingen i all hovedsak styres av landets høyeste domstol.

1.5 Problemstillingen aktualiseres

Et krav om tilbakesøking forutsetter naturlig nok at det er foretatt en oppfyllelshandling.³ Mest praktisk er som nevnt at det er betalt en sum penger, og terminologien jeg vil benytte i det følgende vil reflektere dette. Men det bør fremheves at også naturalytelser prinsipielt er omfattet. I den klassiske *condictio indebiti*-situasjon vil det feilaktige oppgjør være utløst av en feil i betalers beveggrunn for betalingen, da slik at betaler uriktig antar seg forpliktet. Men dette gjelder ikke unntaksfritt, noe som fremkommer nærmere utover i fremstillingen.

Hvor aktuell problemstillingen rundt læren om *condictio indebiti* er praktisk sett, avhenger av hvilken synsvinkel man anlegger. Relativt sett i forhold til alle de betalingstransaksjoner som foretas i vårt samfunn, vil ikke tilbakesøkingproblematikken være en som melder seg for ofte i praksis. Det må antas at de aller fleste oppgjør gjennomføres på korrekt måte, og på bakgrunn av et krav som faktisk eksisterer i det antatte omfang. Hvor en feiloppfyllelse skulle skje, er det dessuten nærliggende å anta at situasjonen ofte løses på en uproblematisk måte av partene selv. Ofte vil en mottaker som forstår at han ikke er berettiget til den mottatte betaling, frivillig tilbakeføre ytelsen i situasjoner der feilen kommer for en dag. Eller partene kan enes om en minnelig løsning for å unngå en ressurskrevende konflikt.

² Rt. 1985 s. 294

³ Arnholm (1939) s. 173

Når man derimot behandler temaet med juridiske øyne, som gjerne innebærer å ha ”blikk for problemene”, er *condictio indebiti*-situasjonen straks mer praktisk. Tatt i betraktning at det gjennomføres utallige betalingstransaksjoner i dagens samfunn, og at det nødvendigvis vil forekomme feil ved enkelte av disse, er det tale om et betydelig antall oppgjør som vil være beheftet med feil. I de tilfellene hvor betalingen viser seg å være feilaktig kan således behovet for tilbakesøking på grunnlag av *condictio indebiti*-prinsippet melde seg.

2 Lærens bakgrunn

2.1 Det historiske grunnlag – romerretten

Som navnet tilsier stammer prinsippet om *condictio indebiti* fra romerrettens dager. Grunnlaget for *condictio indebiti* fant de romerske jurister i den ubegrunnede berikelse som betalingsmottakeren satt igjen med på bekostning av betaleren.⁴ Mottaker har jo fått en ytelse han i utgangspunktet ikke har krav på, og det ble ansett urimelig at han skulle tjene på det feilaktige oppgjør. Tilbakesøkningskravets størrelse var dessuten begrenset til omfanget av den ubegrunnede berikelse. Unntak kunne forekomme hvor ytelsen besto i et pengebeløp, der beløpet (eller rettere sagt dets verdi) kunne kreves tilbake i sin helhet.⁵

Tilbakesøking ble av romerne anerkjent i vid utstrekning og må sies å ha vært den alminnelige regel i *condictio indebiti*-tilfellene. Generelt kan sies at tilbakesøking ble anerkjent såfremt betaleren ikke kunne legges til last. Men visse nærmere vilkår for tilbakesøking måtte være til stede. I alle fall enkelte av datidens betingelser for tilbakesøking på bakgrunn av *condictio indebiti* fremstår også i dag som tilstrekkelig klare og uomtvistede, og disse kan kort fremstilles her.

⁴ Dette vil bli behandlet nærmere i underavsnitt 6.2

⁵ Hambro (1921) s. 145

Vilkårene⁶ var for det første at betaleren hadde ytt uten å være forpliktet. Den aktuelle term er her *solutio indebiti*, eller *betaling av ikke-gjeld*, som begrepet kan oversettes med. Ved at skyld opprinnelig ikke forelå mangler transaksjonen en rettsgrunn, eller *causa*, noe som taler i retning av tilbakesøking. Formålet ved ytelsen, å bringe en forpliktelse ut av verden, kan ikke realiseres i og med at forpliktelsen ikke eksisterte i utgangspunktet. Videre måtte betaleren ha prestert ytelsen nettopp fordi han mente seg forpliktet til dette. Dette fremkommer av begrepet *solutio per errorem*, hvilket innebærer at man har ytt betaling ut fra en villfarelse om egen skyld. Videre måtte villfarelsen rundt forpliktelsen være unnskyldelig, såkalt *error probabilis*.⁷ Dette var en praktisk viktig reservasjon; rettsvillfarelse ikke ble ansett unnskyldelig, og kunne dermed ikke være grunnlag for et tilbakesøkingsskrav i romerretten. I romanistisk terminologi heter det således *error iuris semper nocet*, eller *rettsvillfarelse skader alltid*.⁸ Dessuten måtte også betalingsmottaker på sin side være i den tro at betaler var skyldig den aktuelle forpliktelse.⁹

2.2 Romerrettens senere innflytelse

Condictio indebiti-lære av relativt likt innhold som i romanistisk teori og praksis er videreført i flere av de store kontinentaleuropeiske kodifikasjoner fra rundt år 1800 og fremover. Innflytelsen fra den romerske rett er tydelig både når det gjelder den franske Code Civil (CC) fra 1804 og den tyske Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) fra 1900. Begge disse lovbøkene har positivrettslige regler om *condictio indebiti* som i sitt innhold bygger på den romerrettslige tilnærming til spørsmålet,¹⁰ dog med visse variasjoner i innholdet seg i mellom. I fransk rett skal hele det betalte beløp som hovedregel tilbakeføres, uavhengig

⁶ Oppsettet er hovedsakelig hentet fra Hagstrøm (2003) s. 679

⁷ Hambro (1921) s. 144

⁸ Arnholm (1978) s. 161

⁹ Hambro (1921) s. 144

¹⁰ Se CC art. 1376 flg. og BGB §§ 812 flg.

av mottakers gode tro.¹¹ Visse konkrete momenter vil dog kunne medføre at resultatet blir det motsatte. Likeledes er anerkjennelse av tilbakesøking det alminnelige utgangspunkt i tysk rett, også hvor mottaker er i god tro. Her er imidlertid beløpet som kan søkes tilbake begrenset til den ugrunnede berikelse. Videre finnes læren om *condictio indebiti* også i den engelske common law. Også her er hovedregelen tilbakebetaling, og heller ikke i dette rettssystem tas særlig hensyn til mottakers gode tro. Tilbakebetalingen er igjen begrenset til berikelsen.

Også i norsk rett har vi hentet prinsippet om *condictio indebiti* fra den romerske rett. Hos oss har imidlertid aldri læren hatt tilsvarende klart utgangspunkt og oversiktlig struktur som i romerretten og kontinentaleuropeisk rett. *Condictio indebiti*-instituttet møtte atskillig motstand da det først ble tatt opp til behandling på begynnelsen av 1800-tallet. Læren er heller ikke spesielt velutviklet her til lands, selv om den i dag er alminnelig anerkjent i norsk rett. Dette kan bero på at de norske juristene lenge hovedsakelig hadde dansk litteratur å forholde seg til på området, og den danske teori beholdt sin dominans i lang tid. Det er også i dag likhetstrekk i læren om *condictio indebiti* slik denne praktiseres i Norge og Danmark. Mot slutten av 1800-tallet begynte riktignok de norske juridiske forfattere å behandle temaet i lys av det særnorske rettsliv. Men i den juridiske teori har fremstillingene stort sett vært av noe begrenset omfang og dybde, og *condictio indebiti*-læren har sjelden vært gjenstand for behandling uten å være del av en større obligasjons- eller pengekravsrettslig avhandling. Det må anses talende at noen utfyllende, generell fremstilling av emnet sist ble utformet i 1939, da av Carl Jacob Arnholm.¹²

¹¹ Det følgende i avsnittet er i hovedsak hentet fra Gorton (2005) s. 455, og også Arnholm (1939) s. 125-126

¹² Arnholm (1939)

3 Solutio indebiti som grunnlag for tilbakesøking

Oppgjørssituasjonene som foranlediger tilbakesøking på grunnlag av *condictio indebiti* kan anta mange former. Da fellestrekket mellom situasjonene som utgangspunkt kun er det faktum at betaler har betalt til mottaker et beløp han i utgangspunktet ikke var skyldig, lar ikke noen uttømmende oppregning seg oppstille. Noen eksempler kan dog bidra til å illustrere problemstillingen. Oftest vil betalingsmottaker motta oppgjør fra en forventet betaler, og vanligvis vil gjerne både beløpets størrelse og oppgjørstidspunktet stemme overens med mottakers oppfatning. Men når feil likevel forekommer kan det for eksempel skyldes partenens forvirring rundt betalingsforpliktelsens størrelse i utgangspunktet, eller beløpet kan rett og slett være feilaktig utregnet. I andre tilfeller kan betaler være fullstendig ukjent for mottaker, men beløp og oppgjørstidspunkt kan stemme med et oppgjør mottaker venter, og han slår seg til ro med situasjonen. En annen praktisk situasjon er hvor et forsikringsselskap av ulike årsaker utbetaler til forsikringstaker et høyere beløp enn vedkommende hadde krav på. Det forekommer også at banker krediterer feil konto.

Condictio indebiti-læren omhandler typisk situasjonen der betaling foretas på grunn av *faktisk* eller *rettslig* villfarelse om kravets eksistens eller omfang. Betaler kan således på grunnlag av enten feilaktig oppfatning av den faktiske skyldsituasjon, eller uriktig forståelse av de rettsregler som ville ligget til grunn for kravet, tro at han er skyldig det aktuelle beløp. De to villfarelestyper vil by på ganske så ulike tilfeller der feilaktig oppgjør foretas.

Faktisk villfarelse vil nok være den variant som hyppigst forekommer i praksis. Eksempler på slik villfarelse kan være hvor det på grunn av uoppmerksomhet simpelthen tas feil av beløpet som skal betales. En praktisk situasjon er også hvor det av en av partene begås feil ved utregningen av forpliktelsens størrelse. Dette var eksempelvis tilfellet i avgjørelsen BKN-91076. Tidvis hender det også at betaler innfrir feil forpliktelse hvor han er skyldig flere krav til samme debitor, da slik at det innfridde krav gjøres opp lenge før forfallstid. En

annen situasjon er hvor debitor presterer å betale to ganger ved en feil eller fordi han har glemte at forholdet allerede var oppgjort. Saken i avgjørelsen BKN-94009 angikk et slikt tilfelle.

Den rettslige villfarelse angår på den annen side misforståelse av rettsregler. De regler som regulerer situasjonen som ligger til grunn for oppgjøret ville etter korrekt forståelse ikke utløst betalingsplikt. Slik forpliktelse ville derimot vært tilfellet dersom den feilaktige forståelse, som debitor oppfyller i henhold til, hadde vært den riktige. Jo mer elementær og jo mer lettforståelig regelen er, jo vanskeligere vil betaler høres med at han var i villfarelse om rettsregelen. Ved regler det allment er rettslig tvil om, kan villfarelsen ofte betraktes som unnskyldelig. Men den tvil som foreligger om rettsspørsmålet vil ofte være en foranledning for betaler til å ta forbehold ved ytelsen. Det finnes eksempler på høyesterettspraksis der retten har tatt i betraktning at betaling er foretatt etter feilaktig formening om rettsplikt. I dommen i Rt. 1927 s. 237 bemerket førstvoterende at betaler på oppgjørstiden var klar over at rettsspørsmålet var tvilsomt, og dette talte i vedkommendes disfavør. I dommen i Rt. 1985 s. 290 (Birgo) var det derimot et moment til støtte for selskapet som var betaler i saken at selskapet mente seg rettslig forpliktet.

Når det gjelder rettsvillfarelse vil myndighetene stå i en særstilling som betaler. Som en del av landets myndigheter finner man det lovgivende organ, Stortinget. Både statlig og kommunalt har også myndighetene en viktig rolle som lovanvender. Det bør således kunne forventes at myndighetene har bedre forutsetninger enn den utenforstående betalingsmottaker for å forstå de aktuelle rettsregler korrekt. Privatpersoner, og i en viss utstrekning også næringsdrivende, kan neppe på samme måte forventes å ha noen inngående forståelse av lov- og regelverket. Men igjen vil dette bero på reglenes kompleksitet, og det vil således variere hvilke krav som stilles til betaler.

Som tidligere nevnt¹³ kunne ikke rettsvillfarelse danne grunnlag for tilbakesøkingsskrav i romerrettens lære om *condictio indebiti*. Denne betraktningssmåte er riktignok til en viss grad forlatt i vår tid, og man kan ikke i någjeldende norsk rett oppstille en så kategorisk regel som i den romanistiske teori. Men også i dag vil en faktisk villfarelse lettere oppfattet å være av unnskyldelig karakter enn en rettslig villfarelse. For å illustrere betydningen av distinksjonen mellom faktiske og rettslige villfarelser i norsk rettsliv kan nevnes henholdsvis straffeloven §§ 42 og 57. I de nevnte bestemmelser stilles det kun krav til rettsvillfarelsene om at disse må være unnskyldelige.

Det kan således være grunn til å se nærmere på skillet mellom faktiske og rettslige villfarelser også når det gjelder *condictio indebiti*-tilfellene. Dersom et slikt skille anses relevant, må følgen bli at betaler vanligvis ikke kan legges til last hvis hans uriktige antakelse om betalingsforpliktelse skyldes en faktisk villfarelse. Derimot må feiltakelsen være aktsom fra betalers side dersom den beror på forståelsen av rettsregler som eventuelt ville gitt grunnlag for betalingsplikt. I og med at det stilles strengere krav til betaler der han foretar oppgjør på bakgrunn av en rettsvillfarelse vil det være mer nærliggende å la betaler selv bære risikoen for den feilaktige oppfyllelse i disse tilfellene, enn ved faktisk villfarelse.

Solutio indebiti-situasjonen er bare ett av flere mulige grunnlag for et tilbakesøkingsskrav. Det må således foretas en avgrensning mot øvrige typesituasjoner som ikke faller under *condictio indebiti*-læren, men som kan foranledige tilbakesøking.

¹³ Se underavsnitt 2.1

4 Andre typetilfeller som kan gi grunnlag for tilbakesøking

4.1 Betaling av foreldet fordring

Undertiden kan et krav være foreldet. Dersom betaling likevel foretas er den alminnelige regel at betaleren ikke har rett til å søke tilbake det han har ytt.¹⁴ Løsningen er en naturlig følge av selve de hensyn som ligger til grunn for foreldelsesinstituttet. Det er ønskelig etter en viss tid å skape ro rundt rettslige forhold. Selv om en feilbetaling er foretatt, vil den tiden som har forløpt tale mot å gjøre betalingsmottaker til debitor etter et tilbakesøkingsskrav. Mottaker vil forutsetningsvis ha innrettet seg i den tro at ytelsen tilhører ham, og et krav om tilbakebetaling vil kunne ramme ham hardt. Det kan dessuten ofte melde seg bevismessige vanskeligheter rundt betalers opprinnelige forpliktelse eller ikke-forpliktelse hvor en fordring er foreldet. Men selv hvor betalers ikke-skyld kan bevises, kan det være ønskelig å skape ro rundt forholdet etter den lange tid som har gått. Unntak må riktignok gjøres hvor betalingsmottaker har opptrådt på en slik uredelig måte at han har forledet betaler til å tro at han var skyldig. Mottaker fortjener da ikke det vern foreldelsesreglene gir. De samme hensyn som ved foreldelse gjør seg stort sett gjeldende ved prekluderte krav.

Da det ikke finnes egne regler om foreldelse av tilbakesøkingsskrav som springer ut fra *condictio indebiti*, må man falle tilbake på de alminnelige regler om foreldelse av fordringer i foreldelsesloven. Foreldelse av *condictio indebiti*-krav vil forøvrig ikke bli behandlet nærmere i denne fremstillingen.

¹⁴ Denne løsning er dessuten benyttet i Foreldelseskonvensjonen art. 26, som etter foreldelsesloven § 1 nr. 2 er gjeldende norsk rett

4.2 Ugyldighet

Avtaler er et av de klart mest praktiske grunnlag for opprettelse av betalingsplikt i dagens samfunn. Undertiden kan riktignok avtalen vise seg å være ugyldig, det være seg på grunn av tilblivelses-, habilitets- eller innholdsmangler, og det først etter at de avtalte ytelser er prestert. I så fall kan det stilles spørsmål om avtalepartene har krav på å få sine respektive ytelser tilbakeført. Tilbakesøkingsskravet fremmes i disse tilfellene på grunnlag av avtalens ugyldighet. En forutsetning er da at ugyldigheten må være påberopt av den part som ønsker ytelsen tilbakeført. Som hovedregel vil tilbakesøking bli anerkjent i ugyldighetstilfellene, men dette gjelder ikke unntaksfritt. Et gjensidighetsprinsipp vil gjelde ved tilbakeføringen av de ytelser som ble prestert i henhold til avtalen.

Et eksempel på lovregulering for ugyldighetstilfeller finner man i vergemålsloven § 37. Denne paragrafen lovfester tilbakeføring i de tilfeller der en umyndig har inngått en ugyldig avtale, og ytelser har blitt prestert på grunnlag av denne. Etter bestemmelsens siste punktum er riktignok beløpet som kan søkes tilbake fra den umyndige begrenset til berikelsen på dennes hånd.

4.3 Heving

En øvrig mulighet er at et krav fremmes på bakgrunn av en misligholdssituasjon. Dersom en av partene har prestert sin yttelse mens den annen misligholder sin avtalte forpliktelse, står man overfor en situasjon som kan danne grunnlag for et tilbakesøkingsskrav. En vanlig reaksjon vil da være heving av avtalen, med påfølgende tilbakeføring av ytelsene. Kjøpsloven har særreglene som regulerer heving i den alminnelige kjøp og salgssituasjonen. Dersom den ene part ikke presterer sin yttelse som avtalt, og dette utgjør ”vesentlig kontraktbrudd” i henhold til kjøpsloven § 39 (1), kan den annen part heve kjøpsavtalen direkte. I kjøpsloven § 64 (2) finner man bestemmelsen som regulerer hevingssituasjonen. Her lovfestes uttrykkelig plikten til å tilbakeføre den ytelse som er mottatt.

4.4 Lovreguleringer

Det finnes også ulike lovbestemmelser spredt rundt i vårt lovverk som anerkjenner en tilbakesøking. Først kan nevnes skattebetalingsloven § 24. Her lovfestes retten for skattebetaler til å få tilbakeført innbetalt forskuddsskatt som oversteg det vedkommende skyldte. Til tross for at den egentlig utgjør en særregulering i norsk rett, anses denne ordningen selvsagt av dagens skattebetalere.

Også i straffelovens ikrafttredelseslov § 12 fjerde ledd finner man en regel som regulerer tilbakesøking av betaling av krav man egentlig ikke skyldte. De foregående ledd i bestemmelsen fastslår at man ikke er forpliktet til å betale gjeld som er stiftet som følge av spill og veddemål. Om man likevel betaler slik spillegjeld frivillig har man ifølge paragrafens fjerde ledd ikke krav på tilbakeføring av beløpet – med mindre ytelsen skyldtes uvitenhet om ikke-forpliktelsen hos den gjeldsforpliktete.

Videre finner man i finansavtaleloven § 31 hjemmelen som regulerer finansinstitusjoners adgang til å rette feilaktige transaksjoner, hvor uriktig konto har blitt godskrevet et beløp. Reglene om dette er imidlertid relativt strenge, det gjelder blant annet en kort tidsfrist på tre dager.¹⁵ Bestemmelsen regulerer altså ikke tilbakesøkingsskrav som sådan, men snarere finansinstitusjonenes adgang til å forhindre at en tilbakesøkingssituasjon i det hele tatt oppstår. Hvis den feilaktige transaksjon ikke rettes innenfor den foreskrevne tidsramme, er finansinstitusjonen henvist til å søke beløpet tilbake etter de alminnelige regler om *condictio indebiti*. I dagens samfunn er bruken av automatiske transaksjoner utstrakt. Innimellom vil det nødvendigvis forekomme enten systemfeil eller menneskelig svikt, og et påfølgende behov for å korrigere de feil som dermed oppstår. En rettingsadgang som den foreliggende bør derfor anses nødvendig og ukontroversiell.

¹⁵ Finansavtaleloven § 31 (1)

5 Conductio indebiti-prinsippets generelle innhold i moderne norsk rett

5.1 Tradisjonelt – kan en tendens utledes?

Høyesterettspraksis om *conductio indebiti* må sies å være rikholdig, men den kan neppe sies å være tilstrekkelig ensartet eller entydig til å utlede noe generelt standpunkt til spørsmålet om tilbakesøking. Høyesteretts villighet til å anerkjenne tilbakesøking på bakgrunn av *conductio indebiti* har for det første variert periodevis opp gjennom årene. Fra dommen inntatt i Rt. 1836 s. 627 (630) gir Høyesterett uttrykk for tilbakeholdenhet med å anerkjenne tilbakesøking. Men selv om Høyesterett tidvis har utvist skepsis mot tilbakesøking på bakgrunn av læren om *conductio indebiti*, finnes det ikke meg bekjent noen avgjørelse der retten kategorisk avviser eksistensen av en slik rett. Den skeptiske holdningen later dessuten til å endres etter snaue hundre år. Et uttrykkelig standpunkt, i den grad det er tale om et slikt, kan sies å fremkomme i plenumsdommen inntatt i Rt. 1927 s. 237 (238). Riktignok nektes tilbakesøking i denne saken, men jeg anser det som viktigst at Høyesteretts flertall anerkjenner tilbakesøkingens eksistens på prinsipielt grunnlag.

Et problem ved Høyesteretts tilnærming til spørsmålet om tilbakesøking på grunnlag av *conductio indebiti* er at den nødvendigvis blir kasuistisk. Det som skal behandles av retten er diverse konkrete tilfeller med ulike særegne omstendigheter. Det vil således ofte virke overflødig for Høyesterett å komme med generelle betraktninger om *conductio indebiti* der dette ikke er nødvendig for å løse den enkelte sak. Slike betraktninger vil dessuten i teorien bli ansett som såkalte *obiter dicta*, det vil si uttalelser i domsgrunnene som ikke er nødvendige for å begrunne det konkrete resultat. Disse uttalelsene fra retten verken bør eller skal tillegges den samme rettskildemessige vekt som *ratio decidendi*, de deler av domsgrunnene som nettopp er nødvendige i den konkrete begrunnelse. De sakene som angår tilbakesøking på bakgrunn av læren om *conductio indebiti* vil dessuten variere mye både hva angår saksområde, de konkrete omstendigheter og de relevante momenter. Ofte vil det være få fellestrekk mellom de ulike sakene som løpende kommer opp for retten. Det er derfor naturlig at det er vanskelig for Høyesterett å utlede noen allment anvendelig regel

på området, om dette i det hele tatt er ønskelig. Men uttalelser i enkelte sentrale avgjørelser fra Høyesterett er likevel egnet til å utlede noen prinsipielle betraktninger om *condictio indebiti*-læren.

Rt. 1927 s. 237 (238). Dommen inntatt her må anses å ha ekstra tyngde i og med at det er en plenumsavgjørelse. Mest interessant er det at Høyesteretts flertall som nevnt anerkjenner en rett til tilbakesøking på generelt grunnlag. Førstvoterende uttrykker det slik: ”Det er ganske vist saa, at almindelige retsgrundsætninger og almindelige fortolkningsregler maa føre til at der under visse omstændigheder maa anerkjendes en adgang til at gjøre en tilbakesøkningsret gjældende, naar det viser sig, at en har betalt noget, han aldeles ikke skylder”. Høyesterett passer dog på ikke å gjøre adgangen for vid: ”Men herav følger ikke, at man som nogen almindelig hovedregel skulde kunne opstille, at en tilbakesøkning tilkommer enhver, som har betalt ut fra den uriktige tro, at han var forpligtet til det”. Høyesteretts skepsis til *condictio indebiti*-instituttet henger således igjen.

Rt. 1934 s. 33 (34). I dommen inntatt her gjentas synspunktene som ble fremmet i den foregående nevnte dom: ”Med hensyn til *condictio indebiti* skal bemerkes at vaar rett maa sies at ha anerkjent adgangen til tilbakesøkning av et *indebitum*”. Førstvoterende trekker også frem usikkerheten som verserer rundt den nærmere bruk av læren om *condictio indebiti* i det konkrete tilfellet.

Rt. 1985 s. 290 (294). Dommen inntatt her er den sentrale prinsipielle dom avsagt i nyere tid som angår *condictio indebiti*. Dommen har flere ganger blitt sitert både av Høyesterett og i litteraturen i ettertid. I generelle vendinger uttaler Høyesteretts førstvoterende: ”Det er et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret under hensyn til rimelighet”. Denne setningen anses å oppsummere det sentrale innhold prinsippet om *condictio indebiti* har i norsk rett i dag. Utsagnet uttrykker det faktum at man i den enkelte sak skal tilstrebe den mest rimelige løsning på bakgrunn av en avveining av de ulike momenter og hensynet til begge parter.

Når det gjelder de generelle betraktninger og uttalelser om *condictio indebiti*-læren i høyesterettspraksis, så er det riktignok ikke så mye håndfast å få ut av dette. Slik Høyesterett har uttrykt det må hvert tilfelle vurderes konkret med hensyn til rimelighet og sakens egenart, men dette utgangspunktet gir liten veiledning med hensyn til hvorvidt tilbakesøking skal anerkjennes i det enkelte tilfellet. Noen spesiell tendens i dag til å nekte eller anerkjenne tilbakesøking kan således neppe utledes fra den høyesterettspraksis som foreligger.

5.2 Utgangspunktet og de generelle momenter

Som nevnt har man altså ingen hovedregel angående hvorvidt betaler kan søke sin ytelse tilbake. Verken nektelse eller anerkjennelse av tilbakesøking har formodningen mot seg. Men dersom en hovedregel skulle kunne oppstilles, måtte den baseres på ett av de to ulike utgangspunkter som står mot hverandre: at tilbakesøking som hovedregel *ikke* skal godtas, eller at tilbakesøking som utgangspunkt *skal* godtas. Til støtte for disse henholdsvis det ene og andre utgangspunkt finner man to grunnleggende hensyn; oppgjør og korreksjon. At oppgjørshensynet står mot korreksjonshensynet på overordnet nivå er alminnelig anerkjent, og fremheves blant annet i plenumsdommen i Rt. 1927 s. 237 (238).

5.2.1 Oppgjørshensynet

Med oppgjørshensynet menes hensynet til at betalingsmottaker skal kunne anse oppgjøret som endelig og innrette seg etter at den mottatte ytelse tilhører ham. Det tas i betraktning at det oftest vil være viktig for den enkelte betalingsmottaker å kunne vite hvilke midler han kan medregne i sin økonomi og disponere som sine egne, uten frykt for å måtte betale beløpet tilbake ved et senere tidspunkt. Hvor det i utgangspunktet ikke har vært noen usikkerhet i forbindelse med oppgjøret vil nok ikke betalingsmottaker engang tenke tanken om at han må være innstilt på å tilbakeføre ytelsen. Denne oppgjørstanken er for så vidt et logisk utgangspunkt; de fleste betalingstransaksjoner vil jo ikke være resultat av noen

villfarelse, og følgelig heller ikke være gjenstand for noe tilbakesøkningskrav. Slik sett vil det jevnt over være naturlig å anse et oppgjort forhold som ute av verden.

En interessant situasjon er hvor det fra partenes side må sies å foreligge en forutsetning om endelig oppgjør. Dette kan være uttrykkelig fastslått eller underforstått partene imellom. Tilfellet vil gjerne være at partene har ment at oppgjøret som foretas skal være endelig, selv om det opprinnelig var uenighet rundt forpliktelsen. Partene ønsker å få forholdet ut av verden og blir derfor enige om en løsning de begge kan leve med. Hvor det senere viser seg at transaksjonen var beheftet med feil, kan ikke parten som senere skulle vise seg å ha rett i sitt standpunkt komme trekkende med de nye bevismomenter til støtte for dette. Betalingen ble i utgangspunktet foretatt nettopp som en minnelighetsordning, og oppgjøret må bli stående på grunn av den opprinnelige forutsetning om dets endelighet. Dette var tilfellet i dommen i Rt. 1903 s. 442, der det foretatte sluttoppgjør medførte at de ikke-påberopte deler av kravet var gått tapt.¹⁶

For å skape stabilitet og tillit rundt rettslige transaksjoner vil det dessuten være i samfunnets interesse å kunne anse forholdet opp- og avgjort. Man må kunne basere seg på at foretatte disposisjoner vil bli stående, og for å skape tillit til den allmenne omsetningen anses det således ikke hensiktsmessig å gripe inn i etablerte forhold. Oppgjøret bør altså etter dette synspunkt bli stående selv om det senere viser seg å være feilaktig. Det faktum at oppgjør er foretatt vil således også i seg selv være et argument som taler mot tilbakesøking.

Allerede i dommen i 1836 s. 627 (630) ble dette ønsket om å verne om stabilitet i rettsforhold uttalt og gjort til et legitimt hensyn. Førstvoterende i saken uttaler at "[...] man, ved at indrømme ubetinget Ret til Tilbagesøgning, af hva der *ab errorem juris* er erlagt, vilde afstedkomme den største Usikkerhed og Forstyrrelse i mangfoldige Retsforhold". At oppgjørshensynet tidvis blir uttrykkelig beskrevet og fremhevet av

¹⁶ Se Arnholm (1939) s. 190

Høyesterett ser man eksempler på i flere dommer. Til illustrasjon kan nevnes dommen i Rt. 1934 s. 33 (35), og også dommen i Rt. 1997 s. 1029 (1036) hvor førstvoterende uttaler:

”Ved tilbakesøkingsskrav har oppgjørshensynet vekt, om enn i ulik grad”.

Oppgjørshensynet sto også sentralt i Høyesteretts vurdering i dommen i Rt. 1985 s. 290 (294). Retten beskrev oppgjørshensynet som generelt tungtveiende i tilfeller som det foreliggende, men fant at hensynet ikke kunne tillegges særlig vekt på bakgrunn av de konkrete omstendigheter i saken.

5.2.2 Korreksjonshensynet

Korreksjonshensynet angår på den andre siden det at feilaktige oppgjør bør korrigeres. Hensynet til betaler veier i denne sammenhengen tyngst. Betalingsmottaker har uberettiget mottatt en ytelse, og ved betalingen av dette beløpet han ikke skyldte vil betaler rammes av et korresponderende tap. Slik sett kan *grunnlaget* for eventuell anerkjennelse av en tilbakesøkingssrett være selve den omstendighet at en part har mottatt en ytelse vedkommende ikke hadde krav på, og motsvarende at den annen part har betalt noe denne ikke skyldte.¹⁷ Den feilbetaling som er foretatt foranlediger altså i seg selv en eventuell rett til å søke det betalte beløp tilbake. Hvor oppgjørskorreksjon er utgangspunktet er det således ikke tilbakebetaling, men det at mottaker skal få beholde ytelsen, som trenger en begrunnelse.

Umiddelbart vil det trolig for mange fremstå som selvfølgelig at den ulykksalige betaler skal gis anledning til å få tilbake det som egentlig tilhører ham. Det vil nok for de fleste virke mer urimelig at betaler på grunn av en feil skal tape det som rettmessig er hans, enn at betalingsmottaker i etterkant må gi tilbake den mottatte ytelse – som han jo i utgangspunktet egentlig ikke hadde krav på. I praksis må imidlertid dette synspunkt modifiseres. Ulike hensyn og subjektive omstendigheter gjør seg gjeldende på de respektive parter side i det konkrete tilfellet og vil inngå i helhetsvurderingen. Det vil

¹⁷ Arnholm (1939) s. 132 og Hagstrøm (2003) s. 679

vanligvis ikke kun foreligge omstendigheter som taler til betalers fordel, eller momenter som bare gir grunnlag for å klandre betalingsmottaker. Hvor ingen part er mer å klandre enn den annen, vil det ofte være like belastende for betalingsmottaker å skulle tilbakeføre det mottatte som det vil være for betaler å måtte avstå fra det han i utgangspunktet ikke var forpliktet å yte.

Til dette kan imidlertid sies at betaler ofte tror han skylder det betalte, og dermed uansett ikke forventer å få ytelsen tilbake. Dersom beløpet tilbakeføres kan dette nærmest fremstå som en uventet bonus. Betaler vil altså i sin uvitenhet ikke lide under ikke å få tilbake det han betalte. På den annen side forekommer det tilfeller der betaler mener seg uforpliktet allerede på oppgjørstidspunktet, men vedkommende presterer av ulike årsaker likevel sin ytelse. I disse situasjonene, der betaler i utgangspunktet har kunnskap om sin ikke-forpliktelse, melder behovet for korreksjon seg.

Korreksjonshensynet er som nevnt ett av to likestilte, overordnede hensyn som ligger til grunn for *condictio indebiti*-læren. Klare eksempler på vektlegging av korreksjonshensynet i høyesterettspraksis kan jeg riktignok ikke se at foreligger. I dommen i Rt. 1998 s. 989 (1001) fremhever riktignok førstvoterende det urimelige ved at mottaker skal sitte med en tilfeldig gevinst på bekostning av betaler, som blir sittende med det korresponderende tap. Men dette argumentet angår ikke korreksjonstanken direkte. At korreksjonshensynet ikke gjøres til en uttrykkelig del av Høyesteretts domsgrunner skyldes trolig at hensynet oftest får sin betydning som et implisitt, bakenforliggende moment som må veies mot oppgjørshensynet.

Bankklagenemnda har imidlertid på sin side tatt et uttrykkelig standpunkt når det gjelder utgangspunktet om korreksjon av det feilaktige oppgjør og anerkjennelse av tilbakesøking. Nemnda uttaler følgende i avgjørelsen BKN-95072: ”Etter nemndas praksis skal det tungtveiende grunner til for at tilbakesøking ikke skal kunne finne sted”. Det finnes altså en selverklært tendens til som hovedregel å anerkjenne tilbakesøking ved nemndas

avgjørelser. Hvorvidt det er den innklagede bank eller forbrukerparten som gis medhold vil således variere etter hvilken av partene som har fremmet tilbakesøkningskravet i den aktuelle sak. Nå skal det riktignok bemerkes at en hovedregel nettopp betegnes som dette fordi det i praksis vil forekomme unntak fra regelen på bakgrunn av de konkrete omstendigheter.

Et tilsvarende utgangspunkt gjøres gjeldende i dansk og svensk rett. Tradisjonelt har hovedregelen i dansk rett vært at tilbakesøkningskravet skal tas til følge.¹⁸ Dette utgangspunkt blir riktignok ofte fraveket i praksis på grunn av de konkrete omstendigheter i saken. Det er således ikke nødvendigvis hensiktsmessig lenger å tale om noen hovedregel i den tradisjonelle forstand.¹⁹ Den svenske Högsta domstolen har oppstilt en presumsjon for at tilbakesøking skal anerkjennes,²⁰ og har således gitt korreksjonshensynet en generell forrang. Dette standpunkt blir riktignok ofte modifisert i praksis på bakgrunn av de aktuelle omstendigheter. Det må foretas en konkret vurdering og avveining der partenes interesser og de relevante momenter tas i betraktning.

5.3 De konkrete skjønnsmomenter

I alle tilbakesøkingsspørsmål må Høyesterett falle tilbake på en helhetsvurdering av den aktuelle situasjon der rettens skjønn vil være avgjørende. Dette utgangspunktet for vurderingen er uttrykt i den ofte gjentatte, og tidligere siterte, formulering i Høyesteretts domsgrunner i Rt. 1985 s. 290 (294): ”Det er et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet”. Det bør også nevnes at det eksisterer en alminnelig forutsetning om god tro hos mottaker for at *condictio indebiti*-instituttet skal være anvendelig. Dette vilkår må altså være oppfylt for at Høyesterett i det hele tatt skal gå inn i den konkrete skjønnsvurdering.

¹⁸ Ravnkilde (2001) s. 75 og 89

¹⁹ von Eyben (2000) s. 137-138

²⁰ Se eksempelvis NJA 1999 s. 575 og NJA 2005 s. 142

I praksis er det utarbeidet flere underordnede vurderingsmomenter som benyttes i Høyesteretts helhetsbedømmelser slik disse fremgår av domsgrunnene. Disse momentene anerkjennes altså som generelt relevante av retten. Momentene kan trekke i ulik retning fra sak til sak, og således på forskjellig måte tas til inntekt for rettens syn. Et interessant perspektiv, i den grad det er en fruktbar betraktningssmåte, er dessuten forholdet mellom disse underordnede vurderingsmomentene og de to overordnede hensyn som angår oppgjør og korreksjon.

5.3.1 Forbehold

Det første relevante hensyn som kan nevnes er forbehold om betalingens riktighet. På bakgrunn av rettspraksis må det sies å være svært sentralt hvorvidt betaleren har tatt forbehold ved oppgjøret. Ofte kan foranledningen innebære en slik usikkerhet rundt beløpets omfang eller eksistens at betaler burde forsøke å sikre seg en sterkest mulig posisjon ved et eventuelt etterkommende tilbakesøkingsskrav. Hvor forbehold er tatt fra betalers side vil ikke mottaker kunne høres med at han var intetanende om at oppgjøret var feilaktig.

Forbeholdsmomentet later til å ha hatt utslagsgivende virkning i flerfoldige høyesterettsavgjørelser. Det finnes flest eksempler på at Høyesterett nekter tilbakesøking blant annet på grunnlag av at betaler ikke tok forbehold ved oppgjøret. Dette var tilfellet i dommene inntatt i Rt. 1927 s. 237, Rt. 1927 s. 1052, Rt. 1928 s. 34, Rt. 1929 s. 177, Rt. 1930 s. 61, Rt. 1930 s. 764, Rt. 1932 s. 145 og Rt. 1938 s. 207. Det dreier seg altså om et betydelig antall dommer i denne sammenheng. Motsvarende kan imidlertid det faktum at forbehold er tatt være et moment til støtte for å ta tilbakesøkingsskravet til følge. Til illustrasjon kan nevnes dommene inntatt i Rt. 1933 s. 323, Rt. 1995 s. 1641 (Torson) og Rt. 1998 s. 989.²¹

²¹ Her var riktignok forbeholdet ifølge Høyesterett ”nokså forsiktig formulert”, Rt. 1998 s. 1002

I vurderingen må man også se på om forbeholdet eventuelt er spesifisert i tilstrekkelig grad. Det må kunne konkluderes med at et rent generelt forbehold ikke er tilstrekkelig til å foranledige et tilbakesøkingsskrav. Et generelt utsagn fra betaler som ”med forbehold” eller ”under protest” vil ikke være til særlig hjelp ved et senere tilbakesøkingsskrav. Slike uttrykk vil lett kunne anses som en formalitet uten innhold knyttet til det aktuelle tilfellet. Dette fremgår av dommene i flere skattesaker, for eksempel de inntatt i Rt. 1928 s. 34 og Rt. 1928 s. 579. I begge disse sakene hadde skattebetalerne innbetalt kravet under ”protest”, ble dette ble ikke ansett tilstrekkelig til å hjemle et tilbakesøkingsskrav. Selv om det konkrete resultat i eldre skattesaker ikke lenger har relevans på grunn av senere tilkommet lovregulering på skatterettens område, må begrunnelsen fortsatt anses å ha gyldighet fordi Høyesteretts vurdering i sakene bygger på generelle prinsipper.

Dersom forbehold er tatt svekkes dessuten betydningen av oppgjørshensynet i den konkrete helhetsvurdering. Betaler kan i ulik grad gi uttrykk for at han har innvendinger mot oppgjørets riktighet, og det vil det variere tilsvarende hvor godt grunnlag mottaker har for å anta at forpliktelsens eksistens eller omfang ikke vil bli bestridt. Hvor et tilstrekkelig presist og uttrykkelig forbehold er tatt, må betalingsmottaker anses forberedt på at betaler vil protestere mot riktigheten av oppgjøret. Mottaker kan ikke da høres med at han anså oppgjøret som endelig.

I dansk rett later ikke momentet om forbehold er tatt eller ikke til å ha særlig betydning. Riktignok kan et forbehold tjene til at betalingsmottaker hensettes i ond tro,²² men slik det fremstår er det fortsatt ikke en faktor som jevnt over gjøres til del av begrunnelsen. I svensk rett kan ikke momentet om forbehold sies å ha den samme sentrale posisjon som i norsk teori og praksis, men forbehold anerkjennes riktignok som en effektiv måte å forsikre seg om at man ikke senere taper sin rett. Högsta domstolen anbefalte tidlig å ta forbehold ved

²² Ravnkilde (2001) s. 126

betalingen om man har eller mener å kunne få innvendinger mot oppgjørets riktighet.²³

Som i norsk rett kan også et forbehold innvirke på mottakers gode tro. Men det sies ikke noe særlig utførlig om de nærmere krav til forbeholdets karakter.

5.3.2 Fordringens art

Hvor ytelsen for mottaker fremstår som lønn, bidrag eller lignende vil betaleren ofte være vanskelig stilt når han fremmer sitt tilbakesøkningskrav. Slike ytelser er regelmessig av stor betydning for den enkelte mottaker ettersom de er ment å dekke det løpende forbruk i hverdagen. Lønnsutbetalingen vil ofte være den bærende bjelke i den jevne privatpersons økonomi. Hvor mottaker har innrettet seg etter at beløpet er hans vil tilbakebetaling ofte ramme vedkommende urimelig hardt. Oppgjørshensynet vil altså være tungtveiende i denne sammenheng. Hvor mottaker først har mottatt en ytelse av nevnte karakter kan det nok sies å ha formodningen mot seg at betaler får medhold i sitt tilbakesøkningskrav. Dette utgangspunktet kan riktignok bli modifisert i praksis på bakgrunn av andre vurderingsmomenter.

Hvorvidt ytelsen av mottaker kan oppfattes som lønn eller å være av bidragsmessig art må vurderes konkret. Momenter av betydning kan være beløpets størrelse, om ytelsen eventuelt mottas jevnlig og hvem betaler er. Hvor ytelsen er betydelig større enn det mottaker egentlig hadde krav på, vil han sjelden høres med at han mottok ytelsen i god tro. Unntak kan dog tenkes, eksempelvis hvor mottaker på grunn av konkrete omstendigheter ikke klandres for ikke å ha oversikt over hvilke ytelser han har rett på. På den annen side vil betaler neppe kunne kreve noe tilbake hvor differansen fra det opprinnelige kravet er lite; noen få prosents avvik blir vanligvis godtatt. Hvor beløpet ikke er betydelig avvikende fra det opprinnelige utbetalingskrav, og ytelsen er mottatt regelmessig over en periode, vil mottaker oftest kunne beholde ytelsen. Det kan ofte være større grunn til å stille spørsmål ved en enkeltstående avvikende utbetaling enn en jevnlig tilførsel som (senere) viser seg å

²³ Se NJA 1933 s. 25

være for høy. Endelig bør det dessuten for betalingsmottaker fremstå slik at beløpet er mottatt fra den forpliktete utbetaler. Dette kan være relevant hvor den aktuelle utbetalingen ikke faktisk stammer fra arbeidsgiver, trygdekontor eller liknende, men hvor ytelsen av mottaker likevel blir *oppfattet* som en slik utbetaling. I slike tilfeller bør det kreves at betalingsmottaker har opptrådt aktsomt med hensyn til sin antakelse om hvem som har ytt utbetalingen.

I den foreliggende høyesterettspraksis finnes så vidt jeg kan bedømme ingen direkte eksempler på at retten har gjort bruk av momentet om ytelsens art i sin helhetsvurdering. Dommen i Rt. 1938 s. 207 angår riktignok en sak om tilbakesøking av lønnsutbetaling, men Høyesterett går ikke i domsgrunnene inn på ytelsens karakter som et selvstendig vurderingstema. Selv om det ikke er grunnlag for å trekke konklusjoner om Høyesteretts ikke-uttrykkelige vurderinger i denne saken, kan det tenkes at det faktum at tilfellet angikk lønnsutbetalinger talte i retning av å nekte tilbakesøking på grunnlag av *condictio indebiti* – noe som også ble utfallet i saken.

Mer illustrerende er den praksis fra Bankklagenemnda som foreligger om slike utbetalinger. I avgjørelsen BKN-91116 fikk betalingsmottaker melding om at lønn var mottatt på hans lønnskonto. Mottakeren ble hørt med at han feilaktig trodde at utbetalingen var etteroppgjør i forbindelse med avsluttet arbeidsforhold, og tilbakesøking ble nektet blant annet på dette grunnlag. Betalingsmottaker i avgjørelsen BKN-96034 forvekslet det mottatte beløp med etterbetaling av lønn som allerede var kreditert konto. Også i dette tilfellet ble tilbakesøking nektet. Nemnda bemerket i sin begrunnelse at slik utbetaling normalt vil bli brukt til å dekke alminnelige leveomkostninger, og tilbakebetaling vil dermed vanligvis ramme mottaker hardt. Også i Forsikringsskadenemndas avgjørelser finnes eksempler på at ytelsens art er av betydning for tilbakesøkingsspørsmålet. I avgjørelsen FSN-5624 var det et viktig moment til støtte for å nekte tilbakesøking at ytelsen var ment til forsørgelse av vedkommende mottaker og dennes familie. Tilsvarende

var det et moment i nemndas helhetsbedømmelse i avgjørelsen FSN-6509 at tilfellet angikk en ytelse til dekke av livsopphold.²⁴

I dansk rett står mottaker tilsvarende generelt sterkt ved et tilbakesøkingsskrav som angår lønn eller sosiale ytelser. Såfremt mottaker er i god tro skal det mye til før tilbakesøkingsskravet tas til følge.²⁵ Det kan riktignok forekomme så store avvik mellom mottakers krav og det utbetalte beløp at mottaker burde oppdaget feilen, men det stilles ikke strenge krav til betalingsmottakers aktsomhet. Uaktsomheten må være betydelig for at tilbakesøking skal anerkjennes på dette grunnlag. Dette var for øvrig tilfelle blant annet i dommene inntatt i UfR 1982.580 H og UfR 1988.157 H. Det blir visst også i svensk rett tatt et visst hensyn til at betalinger gjelder lønn, bidragsytelser og liknende.²⁶ Blant annet kan det tenkes at det stilles ekstra aktsomhetskrav til betaler, som jevnt over vil ha den beste kontrollmulighet med hensyn til riktigheten av utbetalingen. Men også betalingsmottaker må nok utvise et normalt nivå av aktsomhet, for eksempel ved å kontrollere sin lønnsslipp. Noen praksis av betydning fra Högsta domstolen om dette spørsmål kan jeg riktignok ikke se at foreligger.

5.3.3 Partenes subjektive forhold

5.3.3.1 God tro

I tilfeller hvor det må sies å foreligge svik eller ond tro om betalingsforpliktelsen på betalingsmottakers hånd vil det gjerne være aktuelt å benytte seg av avtalelovens generelle regler som grunnlag for tilbakesøking. Beroende på om det anses å foreligge en

²⁴ Tilbakesøking ble riktignok anerkjent i denne saken

²⁵ Dette illustreres for eksempel av dommene inntatt i UfR 1970.711 Ø, UfR 1981.1067 Ø, UfR 1984.896 Ø, UfR 1989.935 V * og UfR 1991.723 V

²⁶ Gorton (2005) s. 468 hevder dette. Blomkvist (2005) s. 37-38 viser dessuten til praksis fra Arbetsdomstolen som samsvarer med dette standpunkt.

”viljeserklæring” eller ikke i lovens forstand, kan avtaleloven §§ 30 eller 33 benyttes direkte eller analogisk som grunnlag for tilbakesøking i stedet for den ulovfestede lære om *condictio indebiti*. De to grunnlag for tilbakesøking vil stort sett være overlappende. Men god juridisk metode tilsier nok at man helst bør benytte de lovforankrede reglene der disse er anvendelige på det konkrete tilfellet. Selv om også lovtekster må tolkes må nok regler generelt sies å være klarere ved en positiv lovhjemmel enn ved ulovfestet rett. Ved lovanvendelse har man tross alt en uttrykkelig tekst å forholde seg til, og rammene for bruken av lovbestemmelsen er slik sett til en viss grad trukket opp.

Hvor den feilaktige betaling kan føres tilbake til svikaktig forhold på mottakers side, direkte eller gjennom identifikasjon, kan avtaleloven § 30 anvendes på tilfellet. Mottaker, eller en tredjepart som må identifiseres med ham, har altså med hensikt forledet betaler til å tro at han er forpliktet. Avtaleloven § 33 regulerer på den annen side situasjonen hvor mottaker, eller noen på dennes side, har positiv kunnskap om at betaler er i ferd med å yte noe han ikke skylder, men tier om dette. Mottaker må også være klar over at betaleren feilaktig tror han er forpliktet for at avtaleloven § 33 skal være anvendelig; mottaker utnytter altså denne villfarelsen hos betaler. Uten dette vilkåret for bruk av bestemmelsen kunne mottaker argumentert med at han eksempelvis trodde ytelsen var en gave. Hvor mottaker har positiv kunnskap om at kravet ikke eksisterer, eventuelt er av feilaktig omfang, bør man altså gjøre bruk av reglene om svik og ond tro i avtaleloven fremfor den ulovfestede læren om *condictio indebiti*. Fremmes likevel tilbakesøkingskravet på grunnlag av *condictio indebiti*-prinsippet i en slik situasjon, vil ikke betalingsmottaker bli hørt med at han kan beholde den mottatte ytelse.

I dommen inntatt i Rt. 1836 s. 627 (628) stadfestes nettopp det at god tro hos mottaker er et vilkår for anvendelse av *condictio indebiti*-instituttet. Det er altså en forutsetning for anvendelse av *condictio indebiti*-læren at betalingsmottaker er uvitende om betalers ikke-forpliktelse. Her innfortolkes i tillegg et aktsomhetskrav med hensyn til mottakers gode

tro.²⁷ Med andre ord vil betalingsmottaker måtte sies å være i ond tro også hvor han *burde* forstått at betaler ikke var forpliktet. Betalingsmottaker kan utvise uaktsomhet både med hensyn til egne og den andre parts forhold som forårsaker det feilaktige oppgjør, selv om det selvfølgelig stilles strengere krav til oppdagelse av egne misligheter. Mottaker kan ha mer eller mindre god grunn til å tro at det mottatte beløp tilhører ham.²⁸ Dessuten kan beløpet være av slik beskjedne størrelse at betalingsmottaker ikke kan lastes for ikke å ha oppdaget feiloppgjøret.²⁹ Betalingsmottaker vil åpenbart ikke være i god tro hvor han helt uventet og uten noen tenkelig grunn mottar et større beløp. I de mer tvilsomme tilfeller må mottakers gode tro bedømmes på bakgrunn av de konkrete omstendigheter. Selv om det er mottakers subjektive forhold det skal trekkes konklusjoner om, må bedømmelsen fra rettens side nødvendigvis gjøres på objektivt grunnlag.

God tro hos mottaker er for Bankklagenemnda som for Høyesterett avgjørende for om tilbakesøkingsskravet skal tas til følge. Hvor mottaker ikke kan sies å ha vært i aktsom god tro angående den feilaktige ytelse vil han ikke få beholde det mottatte. Det finnes mange eksempler på dette i nemndas avgjørelser.³⁰ Motsatt vil det faktum at betalingsmottaker har vært i god tro tale i retning av at beløpet ikke kan søkes tilbake.³¹ Også Forsikringsskadenemnda tar utgangspunkt i mottakers gode tro med hensyn til sin rett til den feilaktige ytelse ved vurderingen av tilbakesøkingsskravet. At mottaker ikke kan sies å ha vært i god tro vil tale sterkt i retning av at tilbakesøkingsskravet tas til følge, se for eksempel avgjørelsene FSN-1867 og FSN-6509. Mer praksis foreligger riktignok om

²⁷ Torvund (1997) s. 101

²⁸ Til illustrasjon se for eksempel følgende avgjørelser fra Bankklagenemnda: BKN-91113, BKN-91116, BKN-96034 og BKN-01034

²⁹ Om dette se for eksempel avgjørelsen BKN-89002

³⁰ Se blant annet avgjørelsene BKN-90065, BKN-91076, BKN-91079, BKN-92060, BKN-93066, BKN-94009, BKN-98019, BKN-99014 og BKN-001074

³¹ Eksempler på dette finner man i avgjørelsene BKN-89002, BKN-91113, BKN-96034 og BKN-01034

situasjoner der mottaker var i god tro, et moment som taler i retning av å la mottaker beholde det utbetalte beløp.³²

Hvorvidt betaler er i god tro er også et moment i bedømmelsen av tilbakesøkingsskravet. Har vedkommende betalt under visshet eller mistanke om at han ikke er forpliktet, vil han ikke stå like sterkt når tilbakesøkingsskravet senere fremmes – i alle fall gjelder dette hvor forbehold om senere tilbakesøking ikke er tatt fra betalers side. Riktignok vil betalers oppfyllelse oftest skyldes en feilaktig antakelse om egen betalingsforpliktelse. Slik sett er ikke denne siden av god tro-vurderingen like praktisk som bedømmelsen av mottakers gode tro. At også betalers gode tro dog er relevant i helhetsvurderingen illustreres av dommen i Rt. 1929 s. 1052. Her ble tilbakesøking nektet av Høyesterett fordi selskapet som var betaler i saken på oppgjørstidspunktet var klar over at det ikke var forpliktet til å utbetale det aktuelle beløp. Også i dommen i Rt. 1988 s. 556 ble betaling foretatt uten forbehold til tross for den betalende banks visshet om sin ikke-forpliktelse. Dette moment var riktignok ikke avgjørende i Høyesteretts totalvurdering, og banken fikk medhold i sitt tilbakesøkingsskrav.

I dansk som i norsk rett er mottakers gode tro av avgjørende betydning. Hvor betalingsmottaker ikke kan sies å være i god tro angående betalers feilaktige oppfyllelse vil han aldri få medhold i sin protest mot tilbakesøkingsskravet. Motsatt faller avgjørelsen ofte i mottakers favør hvor han verken visste eller burde ha visst at betaler presterste sin ytelse på bakgrunn av en villfarelse. Det kan etter Ravnkildes mening sies å eksistere en ”[u]lovbestemt godtrosbeskyttelse af tilbagesøgningskravets debitor (betalingsmodtageren)”³³ som har blitt utviklet ved omfattende domstolspraksis fra midten av 1800-tallet av. Betalers skyld i situasjonen er av underordnet betydning i dansk rett, men også dennes forhold kan få betydning hvor mottaker er i god tro. Eksempelvis kan nevnes

³² Se avgjørelsene FSN-3986 *, FSN.4009 *, FSN-4564 og FSN-5624

³³ Ravnkilde (2001) s. 20

dommen inntatt i UfR 1975.648 V. Også i svensk rett er partenes gode tro relevant, da særlig hvorvidt mottaker kan sies å være i god tro. En viss hensyntaken gjøres også til mottakers subjektive forhold som kan påvirke hans mulighet til å bedømme riktigheten av betalingen. Som eksempel kan nevnes dommen inntatt i NJA 1958 s. 475, der betalingsmottakers unge alder ble tatt i betraktning. Jeg kan ikke se at en tilsvarende bedømmelse blir gjort etter norsk rett, utover hvor betalingsmottaker er en forbruker.³⁴

5.3.3.2 Hvem har forårsaket feilen?

Momentet partenes subjektive forhold henspiller også på hvorvidt en av partene kan sies å ha forårsaket den feilaktige betaling. Årsakene til at en part vil kunne bebreides for det uriktige oppgjør varierer. Den ene eller andre part kan ha begått en subjektiv feil, eller en av partene kan være nærmere enn den andre til å kontrollere ytelsens riktighet. Resultatet vil uansett bli at en av partene pålegges ansvaret for at det objektivt sett foreligger en feil ved oppgjøret. Noen klar forsømmelse fra den ene part vil ikke nødvendigvis foreligge eller kunne påvises i det enkelte tilfelle. Men oftest er det likevel grunnlag for å legge en part mer til last enn den andre, og derved knytte denne parten til feilen. Undertiden vil man riktignok ved avgjørelsen av hvilken part som må knyttes til feilen bevege seg mot ren risikofordeling av den feil som objektivt sett foreligger. Eksempler på at Høyesterett ikke har ansett den ene part for å være mer å bebreide enn den andre finner man riktignok i dommene i Rt. 1934 s. 400 og Rt. 1985 s. 290 (Birgo). I slike tilfeller må man på annet grunnlag avgjøre hvilken part som skal bli tapslidende.

Angående hvilken part som må sies å ha forårsaket den feilaktige oppgjør, er det sentralt å se hen til hvem som har beregnet beløpet. Dette er praktisk viktig ettersom feilen gjerne vil være forårsaket av den part som har foretatt utregningen. Hvor feilen ligger på betalingsmottakers hånd, vil momentet tale til støtte for tilbakesøking. Motsatt vil det hvor betaler har foretatt den feilaktige beregning i utgangspunktet være nærliggende å nekte

³⁴ Om dette se underavsnitt 5.3.4

tilbakesøking. Hvor betalingsmottaker beregner beløpet og så krever inn dette fra den opprinnelige debitor, er det følgelig nærliggende å knytte den feil som har skjedd til mottaker. Forutsetningsvis har da betalingsmottakeren de beste forutsetningene for å kontrollere hvorvidt utregningen av beløpet har foregått på riktig måte, og bør således ha risikoen for eventuelle feil. Dette er eksempelvis tilfellet der debitor mottar faktura fra kreditor og betaler det oppgitte beløp uten at feilen ved beløpets størrelse oppdages. Hvor betaler har stått for beløpsberegningen vil de samme hensyn tale i motsatt retning, altså i disfavør av betaleren. En praktisk situasjon i denne sammenheng vil være ved lønnsutbetalinger fra arbeidsgiver.

En problemstilling som også melder seg i forbindelse med hvem feilen kan knyttes til, er identifikasjonsspørsmål hvor en tredjepart er involvert. Tidvis er feilen begått av en tredjemann, og denne vil jevnt over ha nærmest tilknytning enten til betaler eller mottaker. Den part som tredjemann må identifiseres med vil sies å ha ansvaret for den objektive feil som foreligger. Denne risikofordelingen må anses rimelig. Ettersom feilen nødvendigvis må ramme en av partene, er det mest nærliggende å la tapet gå utover den part hvis tilknytning til tredjemann som forårsaket feilen er nærmest.

Det forekommer at Høyesterett i sine domsgrunner uttrykkelig trekker frem som relevant momentet om hvilken part som kan lastes for at det feilaktige oppgjør har funnet sted. Dette var eksempelvis tilfellet i dommene i Rt. 1927 s. 814 (815) og Rt. 1998 s. 989 (995). Bedømmelsen av hvilken part som har forårsaket eller kunne forhindre det feilaktige oppgjør har vist seg å være av betydning også for Bankklagenemnda. Eksempelvis påpekte nemnda i avgjørelsen BKN-99024 at betalingsmottaker burde utvist større aktsomhet, og at hun da trolig ville oppdaget at banken ikke belastet hennes konto slik den skulle. Likeledes legger Forsikringsskadenemnda vekt på hvem som har forårsaket feilen som ledet til det uriktige oppgjør. I de saker som har kommet opp for nemnda i praksis viser dette seg at

feilen oftest må knyttes til forsikringsselskapets forhold.³⁵ At selskapet har forårsaket feilen vil følgelig være et moment som taler i selskapets disfavør i den helhetlige vurdering.

Også i dansk og svensk rett er det selvsagt av betydning hvilken av partene som har forårsaket den feilaktige betaling. Eksempel på tilfelle av feil hos betaler hvor tilbakesøking ble nektet finner man i avgjørelsen UfR 1975.648 V. I dommen i NJA 1999 s. 575 fremheves det av retten som generelt relevant å ta i betraktning hvilken av partene feilen ligger nærmest.

5.3.3.3 Partenes forutsetninger

Betaling vil ofte bli foretatt på grunnlag av mer eller mindre uttrykkelige forutsetninger fra betalers side. Relatert til *condictio indebiti*-situasjonen vil forutsetningen for oppgjøret være at betaler er forpliktet til å yte det aktuelle beløp. Hvor denne forutsetningen senere viser seg ikke å stemme med den faktiske situasjon, og da utgjør en såkalt bristende forutsetning, vil forutsetningslæren kunne være et aktuelt grunnlag for tilbakesøking. På bakgrunn av den uventede oppdagelse av sin ikke-skyld søker altså betaler sin ytelse tilbake fra mottaker. Bristende forutsetninger er et anerkjent grunnlag for krav på tilbakeføring av ytelser. Som grunnlag for tilbakesøking vil riktignok ikke forutsetningslæren være fullstendig overlappende med læren om *condictio indebiti*. Grunnen til dette er at den opprinnelige debitor tidvis betaler selv om han ikke mener seg forpliktet. For eksempel kan den opprinnelige debitor ha truet med å sende kravet til inkasso, og for å unngå betalingsanmerkninger betaler debitor til tross for viten om sin ikke-forpliktelse. En annen situasjon finner man i dommen i Rt. 1988 s. 556. Her innløste betalende bank en pantobligasjon selv om den ikke var forpliktet til det. Årsaken var at obligasjonsinnehaveren urettmessig stilte innløsning som vilkår for å frafalle pant i de solgte seksjonsleiligheter i et byggeprosjekt. I tilfeller som de ovennevnte vil det ikke være

³⁵ Se eksempelvis avgjørelsene FSN-4009, FSN-4564, FSN-5624 og FSN-6509

riktig å si at debitor betaler under en forutsetning som senere ikke slår til. En betingelse for anvendelse av forutsetningslæren er altså at betaler uriktig antar seg forpliktet.

En innvending mot forutsetningslæren gjelder forholdet mellom forutsetninger og betingelser. Det kan spørres om det er riktig å gi stilltiende forutsetninger så avgjørende betydning at de gir grunnlag for tilbakesøkningskrav når de ikke er gjort til uttrykkelige betingelser for transaksjonen. Dersom betaler ikke ønsker transaksjonen gjennomført hvis forutsetningene viser seg ikke å slå til, bør han eksplisitt gjøre forutsetningene til betingelser for oppgjøret for å gardere seg mot tap av sin rett på restitusjon av ytelsen. Et slikt uttrykkelig forbehold vil, som høyesterettspraksis viser,³⁶ sikre betaler en sterk stilling under et senere tilbakesøkningskrav.

5.3.3.4 Lovbrudd m.v.

Som en mer spesiell side av partenes subjektive forhold kan nevnes at betalingsplikt tidvis blir utløst av at et lovbrudd blir begått. Eksempelvis kan nevnes saker om forsikringssvindel, altså der forsikringstaker selv har utløst forsikringstilfellet. Når dette oppdages vil forsikringsselskapet regelmessig søke tilbake den utbetalte forsikringssum. At betaling er utløst ved at det ble begått et lovbrudd fra betalers side vil erfaringsmessig ofte ha utslagsgivende betydning i favør av den betalende part. Det finnes flere eksempler fra høyesterettspraksis hvor momentet later til å ha blitt tillagt avgjørende vekt. Høyesteretts førstvoterende uttaler i dommen inntatt i Rt. 1934 s. 33 (35): ”Naar en innbetaling av et beløp skyldes svik [forsikringssvindel] og det ikke ellers vilde ha vært noget grunnlag for innbetalingen, finnes sterke grunner at tale for at tilstede den, som har erlagt betaling i den villfarende tro dertil at være forpliktet, at ha tilbakesøkningskrav hos mottageren uansett dennes gode tro [...]”. Også dommene inntatt i Rt. 1985 s. 290 (Birgo), Rt. 1995 s. 1641 (Torson) og Rt. 2001 s. 1580 (1586) kan nevnes. I sistnevnte dom uttaler førstvoterende:

³⁶ Se underavsnitt 5.3.1

”Etter mitt syn er det større grunn til å la ein slik situasjon falle inn under dei ulovfesta reglane om tilbakeføring enn det er for dei tradisjonelle villfaringstilfella”.

Noen tilfeller av forsikringssvindel foranlediger også situasjoner hvor den tidligere nevnte tredjemannsproblematikken kan oppstå, da i de saker der forsikringstaker ikke også er betalingsmottaker. Verken betaler eller mottaker har altså begått lovbruddet. Spørsmålet blir da hvem det påfølgende tapet bør gå ut over. Dette vil som utgangspunkt bero på hvilken part det er mest nærliggende å identifisere skadevolder med; i praksis vil dette i all hovedsak være forsikringstaker. Som et eksempel på hvordan identifikasjon blir foretatt av Høyesterett i praksis kan det henvises til dommen i Rt. 1995 s. 1641 (Torson). Her ble tilfellet løst i disfavør av rederiet som var betalingsmottaker, ettersom rederiet måtte identifiseres med skipper og styrmann som forsettlig hadde utløst den feilaktige forsikringsutbetaling.

Selv om betalingsplikt i andre tilfeller blir utløst av svikaktige forhold som ikke er av samme alvorlighetsgrad som lovbrudd,³⁷ vil de samme hensyn gjøre seg gjeldende i disfavør av den svikefulle betalingsmottaker. At man ikke bør tjene på lovbrudd eller andre svikaktige forhold, er et selvsagt utgangspunkt. Betalingsmottaker skal ikke på ulovlig vis kunne sette seg i en fordelaktig stilling på bekostning av betaler. Momentet taler altså i retning av at korreksjon bør foretas hvor dette er aktuelt. Anerkjennelse av tilbakesøkingssrett i slike tilfeller gjelder imidlertid ikke unntaksfritt. Andre omstendigheter kan tale i retning av det motsatte resultat i det konkrete tilfellet.

³⁷ Dette var eksempelvis tilfellet i dommen i Rt. 1988 s. 556, der betaling ble fremtvunget av mottakers avtalebrudd

5.3.4 Partenes profesjonalitet

Hvorvidt en part er forbruker eller en profesjonell aktør vil utvilsomt bli vektlagt av Høyesterett i helhetsvurderingen av tilbakesøkingsskravet hvor momentet er aktuelt.³⁸

Innledningsvis kan nevnes at forbrukervern er et hensyn som generelt har fått en sterkere posisjon i det norske rettsliv i de senere årene. På generelt grunnlag ser det ut til å være en tendens i retning av å styrke forbrukernes rettigheter på bekostning av profesjonelle parter. Dette kan også sies å være tilfelle når det gjelder læren om *condictio indebiti*. Avgjørelsen blir gjerne tatt i disfavør av den profesjonelle part fordi denne gjerne er bedre rustet enn motparten der denne er en forbruker, til å bære konsekvensene av resultatet, det være seg enten anerkjennelse eller nektelse av tilbakesøking. En profesjonell aktør med betydelige midler vil sjelden merke de store økonomiske virkningene av å måtte avstå fra det mottatte beløp eller ikke å få tilbake det som er betalt. Motsetningsvis kan det ofte ha omfattende konsekvenser for en privatperson å måtte avstå fra det aktuelle beløp, særlig hvor dette er av betydelig størrelse.

Hvor man i et tilfelle står overfor to profesjonelle parter vil Høyesterett også ofte ta hensyn til at det foreligger ulike grader av profesjonalitet. Eksempelvis vil det ofte bli reagert strengt mot banker der disse er involvert som part i en tilbakesøkingssituasjon. Nettopp fordi betalingsformidling er bankers arbeidsfelt stilles det større krav til disse finansinstitusjonenes kontrollvirksomhet og rutiner enn for andre aktører. Til illustrasjon kan nevnes dommen i Rt. 1998 s. 989 (1000). Her fremhever Høyesterett som et moment i helhetsvurderingen at den betalende bank praktiserte en kontrollordning som måtte sies å være risikofylt, og dette talte mot å anerkjenne tilbakesøkingssrett for banken. Banker er dessuten i besittelse av slike særdeles betydelige midler at de ofte i høyere grad enn andre

³⁸ Jeg har riktignok ikke funnet relevant praksis med en privatperson som part der dette momentet er gjort gjeldende av Høyesterett

profesjonelle aktører anses rustet til å bære konsekvensene av en avgjørelse i deres disfavør.³⁹

Partenes profesjonalitet er også et moment som trekkes inn i Bankklagenemndas vurderinger. Dette er en naturlig konsekvens av at en bank alltid vil være part i de innklagede saker. I avgjørelsen BKN-96034 gjorde nemnda gjeldende at banken som den profesjonelle part burde unngått å gjøre den aktuelle feil, og det var ubetenkelig å la konsekvensene av denne feil ramme banken. I avgjørelsene BKN-95072 og BKN-99024 fremmer dessuten nemnda kritikk mot bankenes kontrollrutiner. Tilsvarende gjelder i sakene som kommer opp for Forsikringsskadenemnda, der et forsikringsselskap alltid vil være en av partene. Det faktum at selskapet er en profesjonell aktør med den forutsatt tilhørende kompetanse vil ofte bli vektlagt i nemndas vurdering av tilbakesøkningskravet, se avgjørelsene FSN-4009, FSN-5624, FSN-6500 og FSN-6509.

Som en side av de subjektive forhold kan profesjonalitetssynspunktet også ha betydning der en profesjonell part i kraft av sin særlige stilling eller kompetanse har bedre forutsetninger enn den annen part for å sørge for at oppgjøret i utgangspunktet er riktig. Dette vil for eksempel være tilfellet ved bidragsytelser fra stat eller kommune til en privatperson. Her kan det neppe forventes at den enkelte har den nødvendige innsikt for å beregne de ytelser vedkommende har krav på; dette ansvar bør primært legges til det offentlige kontor. Mottaker er riktignok ikke fratatt ethvert kontrollansvar, men særlig strenge krav kan neppe stilles i praksis. Synspunktet vil også være relevant med hensyn til lønnsutbetalinger. Ordinært må det dessuten antas at arbeidsgiveren har de beste forutsetninger for å kontrollere riktigheten av den utbetalte lønn. Lønns-mottakeren vil typisk – og vanligvis med riktighet – gå ut fra at han mottar det han har krav på, verken

³⁹ Et eksempel på at Høyesterett har gjort bruk av dette hensyn finner man i dommen inntatt i Rt. 1995 s. 1641 (Torson) på s. 1650

mer eller mindre. Men også her må det forventes at lønsmottaker fører en viss egenkontroll.

I dansk teori og praksis kan jeg ikke se at partenens profesjonalitetsnivå fremheves som noe særskilt moment i *condictio indebiti*-tilfellene. I den grad denne faktor vektlegges vil det trolig være som del av den generelle vurdering av partenens subjektive forhold. Riktignok kan nevnes dommen inntatt i UfR 1991.57 V, hvor et moment i vurderingen av tilbakesøkingsskravet gikk ut på at de to parter (utleier og leietaker) var omtrent like uprofesjonelle. I svensk rett kan det derimot sies å gjelde et prinsipp til beskyttelse av forbrukere, som også vil få gjennomslag i *condictio indebiti*-tilfellene. Högsta domstolen fastslo i dommen inntatt i NJA 1989 s. 224 at det ikke kan stilles like høye krav til en forbruker som til en profesjonell part, og dette har vært gjeldende rett siden. Det stilles dessuten strenge krav til finansinstitusjoners, da i praksis bankers, aktsomhet. Dette kommer eksempelvis frem i dommen inntatt i NJA 1999 s. 575, hvor Högsta domstolen kritiserer bankens kontrollvirksomhet.

5.3.5 Graden av betalingspress

Det forekommer at betaler gjør opp kravet selv om han mener seg uforpliktet. Årsaken vil gjerne være betalers frykt for å havne i en morasituasjon hvis den opprinnelige kreditor (betalingsmottaker) truer med inkasso eller liknende reaksjoner. I denne sammenheng bør det bemerkes at ordinære purringer ikke kan betegnes som utilbørlig press.⁴⁰ En annen situasjon er hvor betalingsmottaker sitter med en ytelse som er av stor betydning for betaler, for eksempel strøm. Betaler vil da gjerne føle seg tvunget til på sin side å oppfylle for å få tilgang til den aktuelle ytelse fra betalingsmottaker. Det at betalingsmottaker utøver en uakseptabel form for betalingspress vil kunne trekkes inn i hans disfavør ved et senere tilbakesøkingsskrav. Forutsetningsvis ville ikke betaler prestert sin ytelse dersom mottaker ikke hadde foretatt noen presshandling. Betalingsmottakers handling må kunne betegnes

⁴⁰ Torvund (1997) s. 104 og Rt. 1985 s. 290 (Birgo) på s. 293-294

som uredelig, og det virker ikke rimelig at han skal få beholde betaling foranlediget av slik opptreden. Dette momentet var relevant ved Høyesteretts avgjørelse om å gi betaler medhold i sitt tilbakesøkningskrav i dommen inntatt i Rt. 1988 s. 556 (561). I dette tilfellet ble betalingen ”fremtvunget ved [betalingsmottakers] avtalebrudd”.

Verken i dansk eller svensk rett ser det ut til at betalingspress trekkes inn som et argument i vurderingen av tilbakesøkningskravet. Praktisk sett kan dette bero på at tematikken ennå ikke har vært aktuell i de saker som har kommet opp for landenes øverste domstoler. Men heller ikke i teorien ser momentet om betalingspress fra mottaker ut til å være særlig sentralt.

5.3.6 Tidsmomentet

5.3.6.1 Generelt

Fra tidspunktet når oppgjør skjer, er tidsvurderingen todelt. Først må man finne tidspunktet når kravet oppdages av betaler. Videre må det bringes på det rene ved hvilket tidspunkt tilbakesøkningskravet fremmes av parten. Det vil altså være to ulike sider av tidsmomentet. Det første tidsrommet vil bero på betalers *uvitenhet* om det tilbakesøkningskrav han har. Dette har også en side mot foreldelsesreglene, i og med at det kan spørres om betaler burde oppdaget kravet på et tidligere tidspunkt. Det neste tidsforløp vil derimot skyldes betalers *passivitet* med hensyn til å gjøre gjeldende det krav han er klar over at eksisterer. Igjen vil spørsmålet om foreldelse være relevant, ettersom foreldelsesreglene setter den ytterste grense for hvilket tidsrom betaler må reagere innen. Det kan bemerkes at i saker hvor tidsrammen ligger tett opp mot de gjeldende foreldelsesfrister, kan jeg vanskelig se at betaler bør få medhold i sitt tilbakesøkningskrav. De samme hensyn som begrunner foreldelsesinstituttet vil her i høy grad gjøre seg gjeldende.

Tidsmomentet vil også stå i sammenheng med hensynet til at mottaker kan ha innrettet seg etter at den mottatte betaling tilhører ham, noe han må anses å være berettiget til å gjøre etter at en viss tid har forløpt. Er det gått lang tid siden betalingen ble foretatt, vil dessuten oppgjørshensynet tale stadig mer i retning av at ytelsen ikke kan søkes tilbake. For øvrig kan det nevnes at innrettelseshensynet ofte står sentralt i begrunnelsen i svenske Högsta Domstolen. Retten later til å legge betydelig vekt på at en godtroende mottaker har basert seg på å kunne beholde den mottatte ytelse. En viss tid må riktignok ha gått for at innrettelsesmomentet skal være relevant.⁴¹

5.3.6.2 Tiden frem til kravet oppdages

For det første må man altså se på hvor lang tid som går fra betaling skjer til forholdet oppdages av betaleren. Årsakene til at betaler ikke er seg bevisst sitt krav kan være flere. Betalers manglende kunnskap om tilbakesøkningskravet kan for eksempel bero på en rettsvillfarelse. Et ledd i bedømmelsen vil i så fall være om rettsvillfarelsen kan anses unnskyldelig.⁴² Eller betaler kan på grunn av uoppmerksomhet simpelthen ha oversett at betalingen var feilaktig. Uansett årsaken til betalers uvitenhet bør det innfortolkes et aktsomhetskrav i vurderingen. Det må således spørres om betaler burde blitt oppmerksom på tilbakesøkningskrav på et tidligere tidspunkt. Hvis dette besvares bekreftende, vil det tidspunkt da kravet *burde* vært oppdaget legges til grunn ved rettens vurdering. Det må likeledes vurderes hvor lang tid som er *for* lang tid før kravet oppdages, uavhengig av om betaler har opptrådt tilstrekkelig aktsomt. I dommen inntatt i Rt. 1934 s. 33 oppdaget ikke betaler den feilen før etter nærmere 5 år. Selv om betaler da fremmet sitt krav umiddelbart, la Høyesterett størst vekt på den lange tid som hadde passert siden den feilaktige utbetaling skjedde, og tilbakesøking ble nektet. Det kan bemerkes at hvor svært kort tid passerer før tilbakesøkningskravet oppdages av betaler, forutsettes ikke mottaker å ha innrettet seg, og oppgjørshensynet vil ikke her ha noen vekt. Resultatet blir følgelig at feilen uforbeholdent kan korrigeres ved at den mottatte ytelse tilbakeføres.

⁴¹ Til illustrasjon kan nevnes tilfellene i NJA 1970 s. 539 og NJA 2001 s. 353

⁴² Om dette se avsnitt 3

Tidsmomentet står også ofte sentralt i Bankklagenemndas vurderinger av tilbakesøkingsskrav. Etter en viss tid må det forventes at mottaker har innrettet seg etter den feilaktige utbetaling. To uker er ikke tilstrekkelig i denne sammenheng,⁴³ men tilbakesøkingsskravet vil anses tapt når omtrent to år har passert uten at dette er fremsatt.⁴⁴ Mellom disse ytterpunkter finner man så de uklare grensetilfellene. I avgjørelsen BKN-89002 ble tilbakesøkingsskravet avvist blant annet fordi 10 måneder hadde gått siden utbetalingen skjedde, mens 14 måneder ikke ble betraktet som tilstrekkelig til at kravet hadde gått tapt i avgjørelsen BKN-90010. Også i Forsikringsskadenemndas helhetsvurdering er tidsmomentet gjerne av stor betydning. Hvor kort tid er gått før tilbakebetalingskravet fremsettes vil dette gjerne bli tatt til følge,⁴⁵ mens det taler mot tilbakesøking hvor lengre tid er passert. 7 måneder vil nok være for lang tid i denne forbindelse.⁴⁶

I dansk rett legger man også vekt på hvor lang tid som har gått frem til kravet oppdages. Dommen inntatt i UfR 1986.683 V gjaldt et tilfelle der feilen ble oppdaget og rettet etter få dager. Korreksjonen av den foretatte feil ble på grunn av den korte tid som hadde gått ansett som uproblematisk. Betalingsmottaker kunne ikke høres med å ha innrettet seg etter den feilaktige utbetaling. Det motsatte var tilfelle i dommen inntatt i UfR 1975.648 V, der feilen først ble oppdaget etter 2 måneder. På samme måte er problemstillingen rundt den forløpte tid frem til kravet oppdages relevant for bedømmelsen etter svensk rett. I dommen i NJA 1989 s. 224 gikk Högsta domstolen nokså langt i sitt vern om en forbruker. Vedkommende forsto først etter 2 ½ år at hun hadde et krav mot betalingsmottaker, og hun gjorde deretter sitt krav gjeldende. Likevel fikk betaler medhold i retten. Slik det fremgår ville riktignok ikke betaler fått medhold i sitt tilbakesøkingsskrav dersom hun hadde vært en profesjonell part i samme situasjon. Videre berører også dommen i NJA 2001 s. 353 tiden

⁴³ BKN-91079

⁴⁴ Se avgjørelsene BKN-91116 og BKN-95072, og også BKN-91021 hvor banken forholdt seg passiv i to år til tross for viten om sitt krav

⁴⁵ I avgjørelsen FSN-1867 ble det reagert etter kort tid, 11 dager

⁴⁶ Se avgjørelsene FSN-3986 * og FSN-4009 *

frem til kravet ble oppdaget som moment. I denne saken var riktignok begge parter profesjonelle aktører. Kravet ble i dette tilfellet fremsatt først etter 9 måneder. Mottaker hadde i god tro innrettet seg etter betalingen, og tilbakesøking ble nektet blant annet på bakgrunn av tidsforløpet.

5.3.6.3 Tiden fra kravet oppdages til det reageres

Videre vil det være av betydning hvor lang tid som går fra forholdet oppdages til betaler fremsetter krav om tilbakebetaling. Den betaler som oppdager at han feilaktig har ytt betaling kan ikke forholde seg passiv, men må reagere innen rimelig tid. Det må således spørres hva som ligger i begrepet rimelig tid. Dommen inntatt i Rt. 1988 s. 556 kan her gi en viss veiledning. I denne saken gikk det snaue tre år fra det ble gitt et varsel om at en reaksjon mot oppgjøret ville komme, til tilbakesøkingskravet mot betalingsmottaker ble fremmet. Retten til å søke tilbake det betalte ble likevel ikke ansett for å ha gått tapt på grunn av passivitet, men dette skyldes trolig de konkrete omstendigheter i saken. Ordinært kan nok et tilsvarende tidsrom anses i overkant langt. Dommen inntatt i Rt. 1931 s. 190 er nok bedre egnet til å illustrere grensen for hva som anses som ”rimelig tid”. I den foreliggende skattesak ble skattyter nektet tilbakesøking for overbeskatningen ved de to eldste likninger, mens tilbakesøkingskravet ble tatt til følge for likningen i det siste innklagede år. Da hadde det gått henholdsvis fire, tre og to år siden likningene ble innlevert og skatten betalt. Skattebetaleren mente hele tiden å ha retten på sin side, men betalte likevel inn den ilagte skatt. Betalers forståelse av skattleggingen viste seg senere å stemme, men han fikk likevel ikke fullstendig medhold i sitt tilbakesøkingskrav. Tidsforløpet var altså det utslagsgivende moment angående hvorvidt tilbakesøkingskravet skulle tas til følge for de ulike likningene.

I dansk rett finnes det tilsvarende eksempler på at tiden fra feilen oppdages til betaler reagerer er av betydning. Betalers passivitet vil i slike tilfeller tale i hans disfavør. Et eksempel på dette finner man i UfR 1969.976 V, der betaler ventet 8 måneder med å gjøre sitt tilbakebetalingskrav gjeldende. Tilbakesøking ble følgelig nektet.

6 Berikelsesbegrensningen. Tilbakesøkingsskravets gjenstand og omfang.

6.1 Innledende bemerkninger

Restitusjonskravet som den ubegrunnede berikelse foranlediger må innledningsvis avgrenses mot ordinære erstatningskrav. Selv om tilbakesøkingsskravet på et vis er et erstatningskrav, har de to krav forskjellige typer grunnlag. Mens restitusjonskravet springer ut fra betalingsmottakers berikelse, tar erstatningskravet sitt utgangspunkt i den rammede parts tap eller skade. Disse to størrelser vil ikke nødvendigvis være sammenfallende, og det vil derfor være grunn til å sonde mellom dem.

Begrepet ugrunnet berikelse, også betegnet som uberettiget gevinst, henspiller på det faktum at betalingsmottaker får en ytelse han ikke har krav på. To forutsetninger må være til stede for at det kan sies å foreligge en uberettiget gevinst. For det første må mottaker blitt beriket *på bekostning av* betaler. Berikelse vil altså innebære en formuesforskyvning mellom de to parter. Videre må det ikke foreligge noe *rettslig grunnlag* for den berikelse betalingsmottaker har fått – i tilfelle ville ikke gevinsten være uberettiget sett fra mottakers side.

Den kommende drøftelse vil være todelt. Først må det avgjøres om det i det hele tatt *er* en berikelse på mottakers hånd. Videre må det avgjøres om berikelsen eventuelt er *i behold*.

6.2 Uberettiget gevinst som begrunnelse

Det faktum at betalingsmottakeren som følge av formuesoverdragelsen sitter med en ubegrunnet berikelse på bekostning av betaleren, kan i seg selv være en begrunnelse for tilbakesøkingsskravet. Dette er som tidligere nevnt⁴⁷ en betraktningssmåte som skriver seg fra romerrettens dager.

⁴⁷ Se underavsnitt 2.1

Mottaker har gjennom det feilaktige oppgjør fått en ytelse han ikke hadde krav på, som for ham oftest vil innebære en berikelse, og det på bekostning av betaler. På denne bakgrunn bør altså betaleren ha rett til å søke ytelsen tilbake. Ettersom betaler opprinnelig ikke skyldte beløpet anses det altså urimelig at han må bære tapet, samtidig som mottaker tilfeldig gagnar på den feil som er gjort. Hensynet til betaler tilsier at man retter opp i det feilaktige forhold, slik at det betalte tilbakeføres til sin opprinnelig rettmessige eier. En uttrykksmåte er at den uberettigede berikelsen på betalingsmottakers side foranlediger den korreksjon som eventuelt foretas. På den annen side vil det ikke være noe å søke tilbake hvor noen berikelse ikke foreligger eller består hos mottaker. Tilbakebetaling ville i så fall innebære et tap på mottakers hånd. Etter tapsfordelingen vil man altså ta utgangspunkt mottakers situasjon på den tid tilbakesøkingsskravet fremmes.

Berikelsesteorien ser også ut til å ha fått gjennomslag i Høyesterett. Tanken om den uberettigede gevinst luftes på ulike måter i flere høyesterettsdommer. Når det gjelder bruk av ugrunnet berikelse som begrunnelse for *condictio indebiti*-instituttet kan nevnes dommen i Rt. 1998 s. 989 (1001), hvor Høyesterett uttrykker at rimelighetshensyn tilsa at betalingsmottaker ikke skulle få beholde den ”tilfeldig[e] ... gevinst” som medførte et tilsvarende tap på betalers hånd.

I dansk rett ser ikke berikelsestanken til å ha fått noe tilsvarende gjennomslag som grunnlag for *condictio indebiti*-læren. Noen relevant praksis som angår dette kan jeg ikke se at foreligger. Temaet uberettiget berikelse som begrunnelse for tilbakesøkingsskrav har dog vært oppe til behandling i teorien.⁴⁸ I svensk rett er den uberettigede gevinst derimot uttrykkelig anvendt som begrunnelse for tilbakesøking på grunnlag av *condictio indebiti*, se eksempelvis dommen i NJA 1999 s. 575. Hvorvidt dette er en holdbar betraktningssmåte er dog omstridt i teorien.⁴⁹

⁴⁸ Se for eksempel Vinding Kruse (1950) s. 148-151

⁴⁹ Hellner er dog skeptisk til denne betraktningssmåten, se Hellner (1999/2000)

6.3 Foreligger en berikelse for mottaker?

Først må det spørres om det betalte beløp kan sies å utgjøre en berikelse for mottaker. Dette vil ikke alltid være tilfelle selv om mottaker har blitt tilført en ytelse fra betaler.

Eksempelvis kan betalingsmottaker ha ytterligere et krav mot betaler, som han så motregner det mottatte beløp med. Da vil ikke mottaker ha blitt beriket ved ytelsen.

Problemstillingen rundt hvorvidt det foreligger noen berikelse kan også knyttes til situasjoner med frigivelse av sikkerhet.⁵⁰ Tidvis vil betalingsmottaker ha sikkerhet i sitt krav hos en tredjemann, en sikkerhet som så innfris når den aktuelle ytelse mottas fra betaler. Hvor dette er tilfelle vil mottaker være likt stilt før og etter betaler har prestert sin ytelse, og noen berikelse kan ikke sies å foreligge på mottakers hånd. Høyesterett har også gjort bruk av forutsetningen om at mottaker må bli beriket ved ytelsen fra betaler. I dommen inntatt i Rt. 1934 s. 33 nektet Høyesteretts flertall tilbakesøking på bakgrunn av at noen berikelse ikke ble ansett å foreligge hos betalingsmottaker.

6.4 Er berikelsen eventuelt i behold? Berikelsens omfang

Forutsatt at det foreligger en berikelse hos mottaker må man undersøke om berikelsen fortsatt er i behold. Av dommene inntatt blant annet i Rt. 1908 s. 774 og Rt. 1934 s. 400 fremgår det at betalingsmottaker har bevisbyrden for eventuelt å godtgjøre at noen berikelse ikke er i behold hos ham.

En berikelses*begrensning* forutsetter altså at hele eller en del av ytelsen er gått tapt.⁵¹ En av partene – betaler eller mottaker – må således rammes av dette tapet. At det ikke skal tilbakebetales mer enn det som må sies å være en berikelse for mottakeren innebærer reelt sett at betaleren må bære tapet som den forbrukte eller på annen måte tapte del av ytelsen innebærer. For mange kan dette umiddelbart fremstå som urimelig. Men det må altså vurderes konkret hvorvidt hensynet til betaler eller mottaker veier tyngst i den enkelte sak.

⁵⁰ Dette vil for øvrig bli behandlet nærmere i avsnitt 7

⁵¹ Arnholm (1939) s. 209

Som Arnholm uttrykker det: ”Naar Tilbagegivelsespligtens Omfang er begrændset til Berigelsen, vil enhver kasuel Forringelse af, hva Restituenden har faaet, medføre en tilsvarende Forminskelse i hans Ansvar”.⁵² I dette ligger at dersom hele eller deler av verdien av den mottatte ytelse er gått tapt, skal ikke mottaker stå ansvarlig for dette. Hans tilbakebetalingsansvar må være begrenset til å omfatte det han faktisk sitter igjen med når tilbakesøkingsskravet fremmes. Dette utgangspunktet illustreres blant annet av dommen i Rt. 1925 s. 531, der ingen berikelse ble ansett å bestå på mottakers hånd og tilbakesøking ble nektet.

Men synspunktet er uholdbart uten noen nærmere presisering og innskrenking. Betalingsmottakeren kan ikke unntaksfritt disponere over den mottatte ytelse slik at hele eller deler av denne går tapt, og til syvende og sist innebærer en forringelse av betalerens økonomi. Her må igjen henvises til vilkåret om mottakers gode tro. Dersom betalingsmottakeren skjønte, eller burde ha skjønt, at det han mottok ikke rettmessig var hans, kan ikke det faktum at han har forbrukt ytelsen frita ham for tilbakebetalingsansvar. Men kan ikke betalingsmottaker klandres for at han har forbrukt hele eller deler av ytelsen som sin egen, skal altså ikke dette legges ham til last i den forstand at han likevel må tilbakeføre verdien av hele den mottatte ytelse.

Enkelte tilfeller som må betegnes som ytterpunkter kan brukes for å illustrere vanskelighetene rundt bedømmelsen av hva som gjenstår av berikelsen. Disse vil riktignok ikke si noe mer om hvordan det enkelte praktiske tilfelle skal løses. Den aktuelle situasjon vil sjelden være så unyansert. Det er jo nettopp alle de tilfeller mellom ytterpunktene, som i praksis vil si de fleste saker, som byr på problemer ved beregningen av berikelsens omfang. Som et første ytterpunkt kan nevnes situasjonen der alt det mottatte er forbrukt løpende. Dette vil gjerne være tilfelle hvor det dreier seg om et mindre beløp, og for så vidt også ved utbetaling av lønn, bidragsytelser og liknende. Hvor hele ytelsen er forbrukt på denne

⁵² Hagerup (1885) s. 253

måten vil ikke noen berikelse bestå for mottakers del. Et annet ytterpunkt vil være hvor den mottatte ytelse er satt urørt inn på en konto som det ikke har blitt disponert over i etterkant. I dette tilfellet vil det ikke være vanskelig å identifisere hva som består av den opprinnelige ytelsen, og vanligvis vil også den tilsvarende verdi være en berikelse i behold for mottaker.

Tidvis kan man også stå overfor et tilfelle av ombytting, da slik at verdien ytelsen består, men i en annen form enn slik den opprinnelig ble mottatt. Eksempelvis kan betalingsmottaker ha investert det mottatte pengebeløp i et maleri. Et klassisk eksempel er hvor mottaker har gjort et dårlig kjøp på grunn av sin manglende kjennskap til kunst. Vurderingstemaet vil da være om betalingsmottaker blir ansvarlig for den verdi som er tapt på grunn av at maleriet er mindre verdt enn kjøpesummen.

Hvor det foreligger usikkerhet må man som første steg i bedømmelsen av om berikelsen er i behold se på om mottaker har forbrukt den mottatte ytelse. I denne sammenheng må det riktignok spørres om det kreves et faktisk, påviselig forbruk eller om forbruket nærmest er en tidsavhengig størrelse hvor lang tid har gått og bevisproblemer følgelig kan foreligge. Dette er en praktisk problemstilling. Det kan vel generelt sies at jo lengre tid som går, jo mindre vil man typisk sitte igjen med av det man opprinnelig mottok. Uavhengig av hvordan han disponerer over den mottatte ytelse vil betalingsmottaker dessuten gjerne ha innrettet seg etter antakelsen om at beløpet tilhører ham. Mottakers innrettelse er til opplysning et sentralt moment i bedømmelsen av berikelsen i svensk rett. Innrettelsen vil her bero på hvor lang tid som er forløpt snarere enn hvorvidt den mottatte ytelse faktisk er forbrukt. Viktigst later til å være at betalingsmottaker har medberegnet beløpet i sin økonomi; den konkrete ytelsen behøver således ikke være forbrukt. Bevismessige hensyn taler for så vidt til fordel for en slik løsning.

Betalingsmottaker kan ha brukt det aktuelle beløp på vanlig, løpende forbruk eller på artikler som vedkommende vanligvis ikke ville unt seg. Særlig mindre summer som er urettmessig mottatt vil gjerne blandes naturlig inn i den daglige økonomi og forbrukes i

forbindelse med de ordinære innkjøp i en gjennomsnittlig husholdning. Tendensen i praksis ser ut til å være at betaler sjelden får gjennomslag for sitt krav om tilbakebetaling hvor ytelsen er gått med til slikt vanlig forbruk og ingen berikelse er i behold.⁵³ Likeledes vil dog også på den andre side ekstraordinær pengebruk medføre at ingen berikelse kan sies å være i behold, ettersom forbruket derved har blitt tilpasset midlene som står til disposisjon. At mottaker har brukt det mottatte beløp på en måte vedkommende ikke ellers ville gjort, taler altså i retning av at det *ikke* foreligger noen berikelse på dennes hånd. Hvor midlene derimot er benyttet på samme måte som de uansett ville blitt disponert, kan ytelsen sies å utgjøre en berikelse for mottaker. Det kan altså være at mottaker bare har ”hevet standarden” på sitt ordinære forbruk, fremfor å ha unt seg nye typer av goder som vedkommende ikke ville anskaffet dersom han ikke hadde mottatt den feilaktige utbetaling. Eksempler på tilfeller hvor en slik bedømmelse av mottakers pengebruk foretas finner man i enkelte av Bankklagenemndas avgjørelser. I avgjørelsen BKN-90052 ble en del av det feilutbetalte beløp ansett å utgjøre en berikelse på mottakers hånd. Mottaker anskaffet etter nemndas mening enkelte ting han ikke ville gjort dersom oppgjøret hadde vært korrekt, men dette gjaldt kun for en del av beløpet. Den resterende del av ytelsen ville derimot i alle tilfeller blitt benyttet slik den ble, og ble således betraktet som en berikelse for mottaker. I avgjørelsen BKN-95072 mente nemnda igjen at mottaker hadde brukt deler av det mottatte beløp på en måte han ville avstått fra hvis oppgjøret hadde vært korrekt. Kun den del av ytelsen som fremsto som ordinær disposisjon av midler ble bedømt som en berikelse for mottaker. I avgjørelsen påpeker nemnda dessuten at man må ha kjennskap til mottakers økonomi for å bedømme forbruket etter mottaket av den urettmessige ytelse, da det må tas stilling til om mottaker har foretatt nevneverdige endringer i sitt forbruk. Også i avgjørelsen BKN-99024 fremhever nemnda at mottaker har hatt en økonomisk gevinst som følge av den feilaktige ytelse ved at midlene hadde inngått i vedkommendes ordinære forbruk.

⁵³ Se for eksempel Bankklagenemndas avgjørelser BKN-91113, BKN-91116, BKN-96034 og BKN-01034

Ved beregningen av tilbakesøkingsskravets omfang må man som nevnt ta utgangspunkt i berikelsen. Dette synspunktet ble, som tidligere nevnt, lagt til grunn allerede i romerretten. I Hagerups ordelag kan det uttrykkes slik: ”Tilbagesøgningens Omfang er forsaavidt en nødvendig Følge af selve dens Grund: Berigelsen er bestemmende for Restitutionspligtens *Omfang*, fordi den er bestemmende for dens *Retsgrund*”.⁵⁴ Den uberettigede berikelse fungerer således som en begrensningsregel med hensyn til tilbakesøkingsskravets omfang, så vel som en selvstendig begrunnelse for *condictio indebiti*-instituttet.

Det største praktiske problemet ved anvendelsen av berikelsessynspunktet oppstår altså ved beregningen av berikelsens omfang, det vil si størrelsen av den berikelse som er i behold. Dette vil ofte være en større utfordring enn det å avgjøre *om* noen berikelse i det hele tatt foreligger på mottakers hånd. Hele den opprinnelige berikelse vil heller ikke nødvendigvis være i behold, og da kreves det ytterligere undersøkelser for å avgjøre hvor mye som skal tilbakebetales. Det vil ofte være strid om faktum i saken, og retten og nemndene er ofte henvist til en skjønnsmessig og subjektiv vurdering av hva som består av ytelsen.

I de tilfeller der en berikelse blir ansett å foreligge må dennes omfang altså beregnes. Av Bankklagenemnda gjøres dette ofte skjønnsmessig der den faktiske berikelse ikke er påviselig. Eksempler på dette finner man i avgjørelsene BKN-90052, BKN-95072 og BKN-99024. Ut fra sitt formål om å være et raskt og kostnadseffektivt konfliktløsningstilbud tar dessuten Bankklagenemnda sikte på å oppnå minnelige ordninger som partene kan leve med, slik at bruk av rettsapparatet ikke blir nødvendig. På denne bakgrunn hender det at nemnda tar til orde for kompromissløsninger av tilbakesøkingsskrav. Nemnda gjør gjerne bruk av en ordning partene har oppnådd enighet om på et tidligere tidspunkt. Et eksempel på dette finner man i avgjørelsen BKN-93066. Dette er en løsningsform som ikke har noe motstykke i tilsvarende saker for domstolene.

⁵⁴ Hagerup (1885) s. 252

I norsk rett i dag gjør man som kjent bruk av en rimelighetsvurdering av *hvorvidt* tilbakesøking skal nektes eller anerkjennes. Et videre synspunkt er at man kan gjøre en tilsvarende vurdering angående *hvor mye* som eventuelt skal tilbakebetales. Målet vil i så fall være å nå frem til en minst mulig belastende løsning i det konkrete tilfellet. Tilbakebetalingsbeløpet kan således begrenses til en *del* av den uberettigede gevinst. I vurderingen kan man se hen til partenes økonomi og andre subjektive forhold, og på bakgrunn av dette kan man komme frem til en rimelig og forutsetningsvis akseptabel kompromissløsning. Selv om beregningen av berikelsen ofte uansett vil være skjønnsmessig, kan jeg ikke se at Høyesterett ved sine avgjørelser i dag gjør bruk av annet enn enten-eller-løsninger med hensyn til berikelsen. Ved en mellomløsning angående berikelsen vil ikke kontrasten mellom vunnet eller tapt sak bli like stor som den kan oppleves i dag. Men en innvendig mot en adgang til slike kompromissløsninger er at avgjørelsen overlates til domstolenes frie skjønn, noe som svekker forutsigbarheten og partenes evne til å beregne sin rettsstilling etter avgjørelsen.

En innvendig mot berikelsesinstituttet er dessuten at det kan oppmuntre til forbruk fremfor besparelse av den mottatte ytelse. Om forbruk skal være et bevis på at man har innrettet seg som godtroende mottaker kan det i alle fall åpne for spekulasjon. At man bevisst tillegger seg et ekstraordinært forbruk kan vel heller ikke være en ønskelig situasjon verken av hensyn til betaler eller i et samfunnsøkonomisk perspektiv.

7 Frigivelse av sikkerhet⁵⁵

I mange tilfeller vil det være stilt sikkerhet for det opprinnelige kravet ved for eksempel kausjon eller pant. Betalingsmottaker vil gjerne frigjøre den sikkerhetsforpliktete kausjonist eller panthaver når han mottar oppgjør fra betaleren. Dersom betaler senere får

⁵⁵ Dette temaet er meg bekjent bare behandlet hos Torvund (1997) s. 108-109

gjennomslag for sitt krav på tilbakebetaling av ytelsen, blir mottaker dårligere stilt enn han opprinnelig ville vært – han har jo mistet sikkerheten han hadde for sitt krav. Hvis betalingsmottaker ikke hadde mottatt oppgjør fra den opprinnelige skyldner hadde han heller ikke løst kausjonist eller pantlover fra sin forpliktelse. Den tapte sikkerhet kan altså tale mot anerkjennelse av et tilbakesøkingsskrav, eller motsatt – da hvor frigivelse av sikkerhet ikke finner sted – kunne være et moment til støtte for tilbakesøking. Det finnes høyesterettspraksis om flere varianter av slike situasjoner, blant annet dommene i Rt. 1934 s. 33 og Rt. 1985 s. 290 (Birgo). Banken som var betalingsmottaker i dommen i Rt. 1934 s. 33 fikk støtte av Høyesterett i sitt argument om at den ville vært bedre stilt ved å beholde sine pantsikkerheter enn ved å motta det aktuelle oppgjør. Tilbakesøkingsskravet ble blant annet på denne bakgrunn avvist av retten. I dommen inntatt i Rt. 1985 s. 290 (294) uttaler Høyesterett generelt at betalingsmottaker lett kan komme i en vanskelig posisjon ved tilbakebetaling dersom han allerede har oppgitt sikkerhet for kravet.

En forutsetning for at problemstillingen rundt frigivelse av sikkerhet skal være relevant er riktignok at betalingsmottaker hadde et krav, men at betaler ikke var den debitor som skulle gjøre opp kravet. Hvor den opprinnelige kreditor derimot ikke hadde noe krav i utgangspunktet, vil han jo heller ikke ha tapt noe ved å frigi sikkerhet for det som viste seg å være ikke-eksisterende krav.

8 Avsluttende bemerkninger. En vurdering av dagens rettstilstand

Condictio indebiti-instituttet må i dag sies å ha befestet sin stilling som ulovfestet grunnlag for tilbakesøking i norsk rett. Men det kan nok være ønskelig med klarere retningslinjer rundt den nærmere bruk av læren. I den sammenheng kan det spørres om det vil være hensiktsmessig å oppstille en hovedregel om tilbakesøking, slik det gjøres i svensk og til en viss grad også dansk rett. Ved innføring av et slikt utgangspunkt vil nok løsningen av

tilbakesøkingstilfellene bli mer forutsigbart, selv om det også her er rom for å fravike hovedregelen på bakgrunn av konkrete omstendigheter. En hovedregel om anerkjennelse av tilbakesøking vil dog ikke nødvendigvis føre til mer rimelige resultater i det enkelte tilfelle. Ved et åpent standpunkt til tilbakesøkingsspørsmålet, som i dagens norske rettsstilling, gis det spillerom for å komme til en konkret rimelig løsning. Men om det i praksis er de store forskjellene mellom de to utgangspunktene kan nok diskuteres.

Et annet aktuelt spørsmål når det gjelder *condictio indebiti*-læren er hvorvidt prinsippet bør lovfestes. Til fordel for lovfesting av reglene kan sies at skrevne regler gjerne fremstår som klarere enn ulovfestede prinsipper, og klarhet rundt rettsregler er naturligvis ønskelig. På den annen side vil aldri alle tilfeller som omfattes av en rettsregel uttrykkelig kunne omfattes ved lovfesting. Det må således uansett være rom for tolking og utfylling av reglene, lovfestede som uskrevne. En lovfesting vil således ikke nødvendigvis innebære klarere utgangspunkter for den praktiske anvendelse av *condictio indebiti*-instituttet. I sin nåværende form vil prinsippet fortsatt utvikles i praksis, og for hvert nye tilfelle der problemstillingen aktualiseres vil bruksområdet og den nærmere benyttelse av prinsippet klargjøres ytterligere.

Forkortelser

NJA:	Nytt Juridisk Arkiv
Rt.:	Norsk Retstidende
UfR:	Ugeskrift for Retsvæsen

Litteraturliste

Bøker:

Anners, Erik. *Den europeiske rettens historie*. 10. oppl. Oslo, 2004

Arnholt, Carl Jacob. *Almindelig obligasjonsrett*. 2. utg., 2. oppl. Oslo, 1978

Arnholt, Carl Jacob. *Streiftog i obligasjonsretten*. Oslo, 1939

Bergsåker, Trygve. *Lærebok i pengekravsrett*. 2. utg. Oslo, 2001

Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke. *Obligasjonsrett*. 2. oppl. Oslo, 2003

Hambro, Edward. *Den romerske Obligationsrets specielle del*. Kristiania, 1921

Jusleksikon. Jon Gisle ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2002

Krüger, Kai. *Pengekrav*. 2. utg. Bergen, 1984

Ravnskilde, Jens. *Betalingskorrektioner*. 1. utg., 1. oppl. København, 2001

Torvund, Olav. *Pengekravsrett*. Oslo, 1997

Vinding Kruse, Anders. *Restitutioner*. København, 1950

von Eyben, Bo, Peter Mortensen og Ivan Sørensen. *Lærebog i Obligationsret II*. 1. utg., 1. oppl. København, 2000

Artikler:

Blomkvist, Christina. *Principen om condictio indebiti i svensk rätt*. Lund, 2005.

[http://www.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/2BA2DEDED5DBC548C125701300770C4C/\\$File/exam.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/2BA2DEDED5DBC548C125701300770C4C/$File/exam.pdf?OpenElement)

Gorton, Lars. *Condictio indebiti i nyare svensk rättspraxis*. I: Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland. 2005, s. 452-470

Hagerup, Francis. *Om principperne for condictio indebiti*. I: Norsk Retstidende. 1885, s. 245-253

Hagstrøm, Viggo. *Bankklagenemnda – nytt liv i gammel juss*. I: Lov og Rett. 1995, s. 503-537 (Sitert fra Lovdata)

Hellner, Jan. *Betalning av misstag*. I: Juridisk Tidskrift. 1999/2000, s. 409-415 (Sitert fra Juridisk Tidskrift)

Monsen, Erik. *Om restitusjonskrav på ulovfestet grunnlag*. I: Jussens Venner. 2005, s. 157-197 pluss noter (Sitert fra Lovdata)

Schjødt, Annæus. *Nogen bemerkninger om condictio indebiti, specielt i skatteforhold*. I: Norsk Retstidende. 1925, s. 1-10 pluss noter (Sitert fra Lovdata)

Nettsteder:

<http://www.bankklagenemnda.no/>

<http://www.forsikringsklagekontoret.no/dllvis5.asp?id=1584>

<http://www.fnh.no/fullstory.aspx?m=1091>

<http://www.jt.se>

<http://www.lovdata.no>

Lover:

- | | |
|------|--|
| 1902 | Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10 |
| 1902 | Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden (straffelovens ikrafttredelseslov) av 22. mai 1902 nr. 11 |
| 1927 | Lov om vergemål for umyndige (vergemålsloven) av 22. april 1927 nr. 3 |
| 1952 | Lov om betaling og innkreving av skatt (skattebetalingsloven) av 21. november 1952 nr. 2 |
| 1979 | Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) av 18.mai 1979 nr. 18 |
| 1988 | Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13.mai 1988 nr. 27 |
| 1999 | Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46 |

Annet:

- | | |
|------|--|
| 1974 | Konvensjon om forelding i internasjonale kjøpsforhold (Foreldelseskonvensjonen) av 14. juni 1974 |
| 1988 | Hovedavtale for Bankklagenemnda vedtatt 1. oktober 1988, sist endret 1. januar 2004, godkjent ved kgl.res. 19.mai 2000 |

Dommer:

Norske høyesterettsdommer:

Rt. 1836 s. 627

Rt. 1908 s. 774

Rt. 1925 s. 531

Rt. 1927 s. 237

Rt. 1927 s. 814

Rt. 1927 s. 1052

Rt. 1928 s. 34

Rt. 1928 s. 579

Rt. 1929 s. 177

Rt. 1929 s. 604

Rt. 1929 s. 1052

Rt. 1930 s. 61

Rt. 1930 s. 764

Rt. 1931 s. 190

Rt. 1932 s. 145

Rt. 1933 s. 307

Rt. 1933 s. 323

Rt. 1934 s. 33

Rt. 1934 s. 400

Rt. 1938 s. 207

Rt. 1985 s. 290

Rt. 1988 s. 556

Rt. 1995 s. 1641

Rt. 1997 s. 1029

Rt. 1998 s. 989

Rt. 2001 s. 1580

Dommene over er hentet fra Lovdata

Danske høyesterettsdommer:

UfR 1970.711 Ø

UfR 1975.648 V

UfR 1981.1067 Ø

UfR 1982.580 H

UfR 1984.896 Ø

UfR 1988.157 H

UfR 1989.935 V

UfR 1991.57 V

Dommene over er hentet fra UfR Online

Svenske høyesterettsdommer:

NJA 1933 s. 25

NJA 1958 s. 475

NJA 1989 s. 224

NJA 1999 s. 575

Dommene over er hentet fra Rättsbanken

Andre avgjørelser:

Avgjørelser fra Bankklagenemnda:

BKN-89002

BKN-90010

BKN-90052

BKN-90065

BKN-91021

BKN-91076

BKN-91079

BKN-91113

BKN-91116

BKN-92060

BKN-93066

BKN-94009

BKN-95072

BKN-96034

BKN-98019

BKN-99014

BKN-99024

BKN-01034

BKN-01074

Avgjørelsene over er hentet fra Lovdata

Avgjørelser fra Forsikringsskadenemnda:

FSN-1867

FSN-3986 *

FSN-4009 *

FSN-4123 *

FSN-4564

FSN-5624

FSN-6500

FSN-6509

Avgjørelsene over er hentet fra Lovdata